



COLEÇÃO
FORMAÇÃO
INICIAL

INTERDIÇÃO E INABILITAÇÃO


■ Coleção de Formação Inicial

Jurisdição Civil e Processual Civil e Comercial

maio de 2015

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



A Coleção Formação Inicial publica materiais trabalhados e desenvolvidos pelos Docentes do Centro de Estudos Judiciários na preparação das sessões com os Auditores de Justiça do 1º ciclo de Formação dos Cursos de Acesso à Magistratura Judicial e à do Ministério Público. Sendo estes os primeiros destinatários, a temática abordada e a forma integrada como é apresentada (bibliografia, legislação, doutrina e jurisprudência), pode também constituir um instrumento de trabalho relevante quer para juízes e magistrados do Ministério Público em funções, quer para a restante comunidade jurídica.

O Centro de Estudos Judiciários continua, assim, a disponibilizar estes Cadernos, os quais serão periodicamente atualizados de forma a manter e reforçar o interesse da sua publicação.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Jurisdição Civil e Processual Civil e Comercial

Gabriela Cunha Rodrigues (Coordenadora)

Laurinda Gemas

Margarida Paz

Miguel Ângelo Carmo

Nome: Interdição e Inabilitação

Categoria: Formação Inicial

Conceção e organização:

Margarida Paz (Procuradora da República – Docente do CEJ)

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes

Joana Caldeira

O Centro de Estudos Judiciários agradece as autorizações prestadas para publicação dos textos constantes deste e-book

Nota:

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.

[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet:<URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet:<URL:>http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

ÍNDICE

I – BIBLIOGRAFIA	11
II – LEGISLAÇÃO	17
III – DOCTRINA	21
“ <i>As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres: incapacidades e suprimento: a visão do jurista</i> ”	
<i>Jorge Duarte Pinheiro</i>	23
“ <i>Alguns aspectos do instituto da interdição</i> ”	
<i>Raúl Guichard Alves</i>	39
“ <i>Críticas ao regime da capacidade de exercício da pessoa com deficiência mental ou intelectual – a nova conceção da pessoa com deficiência</i> ”	
<i>Alexandra Chicharo das Neves</i>	125
“ <i>Os poderes do representante legal nas situações de internamento “voluntário” à luz do direito português</i> ”	
<i>Geraldo Rocha Ribeiro</i>	161
“ <i>A tutela institucional de interditos. O caso da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa</i> ”	
<i>Miguel Nogueira de Brito e Margarida Lima Rego</i>	185
“ <i>A supressão do interrogatório no processo de interdição: Novos e diferentes incapazes? A complexidade da simplificação</i> ”	
<i>Margarida Paz e Fernando Vieira</i>	209
“ <i>A Interdição e Inabilitação no Ordenamento Jurídico Português: Notas de enquadramento de direito material e breve reflexão face ao direito supranacional</i> ”	
<i>Diana Isabel Mota Fernandes</i>	253
IV – JURISPRUDÊNCIA	299
Jurisprudência Nacional	301
• TRL 03/12/1991 (Moura Cruz), p. 0038181.....	301
• TRL 10/05/1994 (Pinto Monteiro), p. 0079201.....	301
• TRL 30/06/1994 (António Abranches Martins), p. 0089252.....	302
• TRP 07/03/1996 (Alves Velho), p. 9530613.....	302
• TRL 17/02/2000 (Salvador da Costa), p. 005936.....	303
• TRG 29/01/2003 (Maria Rosa Tching), p. 1476/02-2.....	304

• STJ 29/04/2003 (Faria Antunes), p. 03A2745.....	304
• STJ 25/01/2005 (Nuno Cameira), p. 04A4480.....	305
• TRP 03/11/2005 (Oliveira Vasconcelos), p. 0535475.....	305
• TRL 29/04/2006 (Fátima Galante), p. 4883/2006-6.....	306
• TRL 07/11/2006 (Graça Amaral), p. 6338/2006-7.....	306
• TRE 07/12/2006 (Sílvio Sousa), p. 1264/06-3.....	307
• TRL 15/02/2007 (Ferreira de Almeida), p. 4847/2006-7.....	307
• TRL 26/02/2007 (Ana Luísa Geraldes), p. 1451/2007-6.....	308
• TRL 02/10/2007 (Rosário Gonçalves), p. 8160/2007-1.....	309
• TRP 17/01/2008 (Fernando Baptista), p. 0736746.....	309
• STJ 22/01/2009 (Santos Bernardino), p. 08B3333.....	310
• TRC 10/03/2009 (Jaime Ferreira), p. 469/2000.C1.....	310
• TRL 05/05/2009 (Dina Monteiro), p. 5198/07.4TVLSB-A.L1-7.....	312
• TRP 26/05/2009 (Cândido Lemos), p. 247/07.0TBVFL.P1.....	313
• TRL 30/06/2009 (Rijo Ferreira), p. 825/07.6TBSCR.L1-1.....	313
• TRL 15/09/2009 (Dina Monteiro), p. 76/06.7TBCSC.L1-7.....	314
• TRC 13/10/2009 (Emídio Costa), p. 553/09.8TBPBL-A.C1.....	314
• TRL 25/03/2010 (Teresa Soares), p. 3312/09.4TVLSB-A.L1-6.....	315
• TRL 20/04/2010 (Pires Robalo), p. 9/2000.L1-7.....	315
• TRP 25/05/2010 (Guerra Banha), p. 535/08.7TBCHV-A.P1.....	316
• STJ 16/10/2010 (Hélder Roque), p. 819/06.9TBFLG.P1.S1.....	317
• TRL 14/04/2011 (Ezagüy Martins), p. 162/05.0TBHRT.L1-2.....	317
• TRL 14/07/2011 (Ana Resende), p. 7285/10.2TBOER-A.L1-7.....	318
• TRL 29/05/2012 (Maria João Areias), p. 21427/11.72SNT.L1-7.....	318
• TRC 29/05/2012 (Barateiro Martins), p. 114/11.1TBFIG.C1.....	319
• TRP 29/05/2012 (Maria de Jesus Pereira), p. 71/12.7YRPRT.....	319
• TRL 12/06/2012 (Luís Espírito Santo), p. 7218/12.1TNSNT.L1-7.....	320
• TRP 11/07/2012 (Freitas Vieira), p. 642/11.9TJPRT.P1.....	320
• TRL 12/07/2012 (Manuel Marques), p. 21777/11.2T2SNT.L1-1.....	320
• TRL 18/10/2012 (Jorge Leal), p. 12983/12.3T2SNT.L1-2.....	321
• STJ 22/01/2013 (Gregório Silva Jesus), p. 2382/09.0TBFIG.C1.S1.....	321
• TRC 19/02/2013 (Carvalho Martins), p. 1685/10.5T2AGD.C1.....	322
• TRL 19/02/2013 (Pedro Brighton), p. 1713/12.0TJLSB-A.L1-1.....	323
• TRL 26/02/2013 (Roque Nogueira), p. 830/09.8YXLSB.L1-7.....	323

- TRE 11/04/2013 (Maria Alexandra M. Santos), p. 2362/09.5TBPTM-A.E1-A.....**323**
- STJ 08/05/2013 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), p. 10993/05.2TVPRT-A.P1.S1...**324**
- TRP 20/05/2013 (Ana Paula Amorim), p. 1206/11.2TJPRT.P1.....**325**
- TRL 03/09/2013 (Maria Adelaide Domingos), p. 1084/10.9TVLSB.L1-1.....**326**
- TRP 19/09/2013 (Carlos Portela), p. 2872/12.7TBGDM-A.P1.....**328**
- TRC 15/10/2013 (Carlos Moreira), p. 444/09.2TBMGL.C1.....**329**
- TRL 05/12/2013 (Tibério Silva), p. 553/13.3TVLSB.L1-2.....**329**
- TRL 12/12/2013 (Fátima Galante), p. 282/13.8TVLSB.L1-6.....**330**
- STJ 16/01/2014 (Oliveira Vasconcelos), p. 1556/08.5TBVRL.P1.S1.....**330**
- TRC 11/11/2014 (Maria João Areias), p. 63/2000.C1.....**331**

Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem 333

- Shtukaturov c. Rússia (27/03/2008).....**333**
- M.S. c. Croácia (25/04/2013).....**334**
- Ivinovic c. Croácia (18/10/2014).....**334**
- D.D. c. Lituânia (14/02/2012)**335**
- Stanev c. Bulgária (17/01/2012).....**335**
- A.K. e L. c. Croácia (08/01/2013).....**336**
- Kutzner c. Alemanha (26/02/2002).....**337**
- Dmitriy Ryabov c. Rússia (01/08/2013).....**338**
- Lashin c. Rússia (22/01/2013).....**339**
- Alajos Kiss c. Hungria (20/05/2010).....**339**
- Winterwerp c. Países Baixos (24/10/1979).....**340**
- Saviny c. Ucrânia (18/12/2008).....**340**
- Salontaji-Drobnjak c. Sérvia (13/10/2009)**340**
- X e Y c. Croácia (03/11/2011)**340**
- Kedzior c. Polónia (16/10/2012)**340**
- Sykora c. República Checa (22/11/2012)**340**
- Gajcsi c. Hungria (23/09/2014)**341**
- Harmati c. Hungria (21/10/2014)**341**

Registo das revisões efetuadas ao *e-book*

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição – 28/05/2015	

I – Bibliografia

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. Manuais

- **ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA**
--*Direito civil. Teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. – 1.º vol. (p. 190-198)
- **CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES**
--*Tratado de direito civil – parte geral*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2011. 4.º volume: Pessoas
- **FERNANDES, LUIS A. CARVALHO**
--*Teoria geral do direito civil*. 6. Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012. – 1.º vol (p. 340-369)
- **HÖRSTER, HEINRICH EWALD**
--*A parte geral do código civil português: teoria geral do direito civil*. 6. reimp. da edição de 1992. Coimbra: Almedina, 2012. – p. 333 a 345
- **MENDES, JOÃO DE CASTRO**
-- *Teoria geral do direito civil*. Lisboa: AAFDL, 1978. 1.º vols (p. 156 a 166)
- **PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA/MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO/PINTO, PAULO MOTA**
--*Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2005. – p. 227-250
- **SANTORO-PASSARELLI, FRANCESCO**
--*Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Atlântida Editora, 1967. – p. 15 a 19
- **VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE**
--*Teoria geral do direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012. – p. 105-110

2. Teses/Monografias

- **ARAÚJO, ANTÓNIO DE**
-- *Cidadãos portadores de deficiência – o seu lugar na Constituição da República*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001
- **BENTO, FERNANDO**
-- *Interdições, inabilitações, internamentos compulsivos*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1997
- **COSTA, ADALBERTO**
--*A acção de interdição e inabilitação*. Porto: Legis, 2011

- **MACHADO, JOSÉ AUGUSTO DE ABREU/FREITAS, GILBERTO PASSOS DE**
-- *Interdição e curatela*. Bauru: Editora Jalovi, 1981
- **MOURA, SÓNIA**
-- *Interdição e inabilitação*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2011
- **POSSANTE, JOÃO**
-- *Interdições e inabilitações*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2005
- **RIBEIRO, GERALDO ROCHA**
-- *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010
- **SANTOS, EMÍDIO**
-- *Das Interdições e Inabilitações*, Lisboa: Quid Juris, 2011
- **SOUSA, ANTÓNIO PAIS DE/MATIAS, CARLOS FRIAS DE OLIVEIRA**
-- *Da incapacidade jurídica dos menores interditos e inabilitados*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1983
- **SOUSA, LUIS FILIPE PIRES DE/MATOS, MARIA JOÃO MARQUES PINTO DE**
-- *Interdição e inabilitação*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2011
- **VÍTOR, PAULA TÁVORA**
-- *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008

3. Legislação anotada

- **FERNANDES, LUÍS CARVALHO/PROENÇA, JOSÉ BRANDÃO (COORDENADORES)**
-- *Comentário ao Código civil: parte geral*. Lisboa Universidade Católica Editora, 2014. – 1.º vol. (p. 294-343)
- **GONZÁLEZ, JOSÉ ALBERTO**
-- *Código civil: anotado*. Lisboa Quid Juris, 2011. – 1.º vol. (p. 159-179)
- **LIMA, F. A. PIRES DE/VARELA, ANTUNES**
-- *Código civil: anotado*. 4. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1987. 1.º vol. (p. 147 a 161)

4. Artigos

- **ALVES, RAÚL GUICHARD**
-- “Alguns aspectos do instituto da interdição”, *Direito e Justiça*, Lisboa, V. 9, t. 2 (1995)
- **BRITO, MIGUEL NOGUEIRA DE/REGO, MARGARIDA LIMA**
-- “A tutela institucional de interditos. O caso da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa”, in *O direito*, Coimbra, A. 142, n.º 4 (2010)
- **COSTA, AMÉRICO DE CAMPOS**
-- “Incapacidades e formas do seu suprimento: anteprojecto do código civil”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, N.º 111 (dezembro 1961), p.195-231
- **COSTA, MARTA**
-- “A desejável flexibilidade da incapacidade das pessoas maiores de idade”, in *Lusíada. Direito.* – 2.ª Série, n.º 7 (jan - dez 2010), p. 109-162
-- “Flexibilização dos regimes de incapacidade: o exemplo italiano da administração de apoio”, in *Lex familiae*, A. 7, n.º 13 (jan – jun 2010), p. 83-100
- **GONÇALVES, ANABELA SUSANA DE SOUSA**
-- “Breve estudo sobre o regime jurídico da inabilitação”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Henrique Ewald Hörster*. Coimbra: Almedina, 2012. - p. 113-140
- **MENDES, ANTÓNIO ALFREDO**
-- “A interdição como instrumento de protecção ao incapaz”, in *JURISMAT*, N.º 1 (outubro 2012), p. 201-227
- **MONTESANO, LUIGI**
-- “Problemi attuali su limiti e contenuti, anche non patrimoniali, delle inibitorie, normali e urgenti”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, A. 49, n.º 3 (settembre 1995), p. 775-783
- **NEVES, ALEXANDRA CHÍCHARO DAS**
-- “Críticas ao regime da capacidade de exercício da pessoa com deficiência mental ou intelectual – a nova concepção da pessoa com deficiência”, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, A. 35, n.º 140 (out-dez 2014), p. 79-120
- **PAZ, MARGARIDA/VIEIRA, FERNANDO**

- "A supressão do interrogatório no processo de interdição: Novos e diferentes incapazes? A complexidade da simplificação", in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, A. 35, n.º 139 (jul-set 2014), p. 61-109
- **PINHEIRO, JORGE DUARTE**
- "As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres: incapacidades e suprimento: a visão do jurista", *O direito*, Coimbra, A. 142, n.º 3 (2010), p. 465-480
- **RIBEIRO, GERALDO ROCHA**
- "Internamento «voluntário» de interditos: os poderes do representante legal", in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, A. 35, n.º 138 (abr-jun 2014), p. 63-94
- **TELES, JOSÉ M. GALVÃO**
- "Breves considerações sobre exames no processo de integração por demência", in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Coimbra, A. 2 (1946), p. 131-139
- **VELLANI, MÁRIO**
- "Alcune considerazioni sull'esame dell'interdicendo o dell'inabilitando", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, A. 49, n.º 3 (settembre 1995), p. 973-996
- "Sul parere delle persone citate nel procedimento d'interdizione o d'inabilitazione ", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, A. 49, n.º 2 (giugno 1995), p.591-602
- **VENTURA, RAÚL**
- "Acção de interdição", in *Colectânea de Jurisprudência*, A. 13, n.º 1 (1988), p. 25-28

II – Legislação

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. Legislação

- Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência (em inglês e português)
 - Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 30 de julho (aprova a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada em Nova Iorque em 30 de março de 2007)
 - Resolução da Assembleia da República n.º 57/2009, de 30 de julho (aprova o Protocolo Opcional à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotado em Nova Iorque em 30 de março de 2007)
 - Resolução do Conselho de Ministros n.º 68/2014, de 21 de novembro

- Lei n.º 38/2004, de 18 de agosto: Bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência

- Recomendações do Conselho da Europa
 - Recomendação n.º R (99) 4, relativa aos Princípios em Matéria de Proteção Legal dos Incapazes Adultos
 - Recomendação (2004)10, relativa à Proteção dos Direitos Humanos e Dignidade das Pessoas com Perturbações Mentais
 - Recomendação (2006)5, relativa ao Plano de Ação do Conselho da Europa quanto à Promoção dos Direitos e à Plena Participação na Sociedade das Pessoas com Deficiência
 - Recomendação (2014)2, relativa à Promoção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

III – Doutrina

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres.

Incapacidades e suprimento – a visão do Jurista*

Publicado em Revista *O Direito*, ano 142, n.º 3 (2010), pp. 465-480

Jorge Duarte Pinheiro¹

Sumário:

I. A pessoa com deficiência nas áreas ditas clássicas do Direito. A construção do destinatário ideal das normas jurídicas: o chamado sujeito capaz. II. Uma divisão radical: deficiência mental e deficiências de outra ordem: A. divisão no Direito Penal; B. A divisão no Direito Civil. III. Instrumentos de protecção civil da pessoa com deficiência no direito português: A. Respostas pontuais; B. A inabilitação e a interdição. C. O acolhimento familiar e o internamento compulsivo. IV. Os ventos da “doutrina da alternativa menos restritiva”. A. A doutrina; B. A voz do Conselho de Europa; C. O exemplo alemão do "acompanhamento" (“Betreuung”). V. *Enquanto a espera desespera*: uma reinterpretação do instituto português de tutela? VI. Considerações finais.

1. A pessoa com deficiência nas áreas ditas clássicas do Direito. A construção do chamado destinatário ideal das normas jurídicas: o chamado cidadão capaz

1. O presente trabalho irá considerar o estatuto da pessoa com deficiência nas áreas ditas clássicas do Direito, atribuindo particular relevo ao Direito Civil.

O estudo destas áreas clássicas torna bem claro o que se entende ser o destinatário preferencial ou ideal das normas jurídicas: o sujeito *capaz de exercício*.

De facto, a lei tem em vista fundamentalmente:

* Texto que serviu de base à intervenção na 4ª sessão do Curso de Pós-Graduação “O Direito e os Direitos de Pessoas com Deficiência”, que se realizou em dia 27 de Novembro de 2009, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O Curso foi coordenado pela Profª. Doutora Carla Amado Gomes e pelo Mestre Jaime Valle.

¹ Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

- A pessoa maior, não interdita, nem inabilitada e com menos de 60 anos (cf. artigos 123º, 139º e 156º, 1720, nº 1, alínea b), e 1979º, nº 3, do Código Civil)²;
- A pessoa que domina bem a língua do País, que fala, ouve, lê e escreve (cf. artigos 65º, 66º e 68º do Código do Notariado e 2208º do Código Civil)³;
- A pessoa imputável, aquela que tem consciência do que é lícito, ou ilícito, e é susceptível de um juízo de culpa (cf. artigos 488º do Código Civil, 13º, 17º, nº 1, e 20º do Código Penal)⁴, que se encontra em condições de entender o sentido dos actos e de agir ou deixar de agir (cf. artigo 257º do Código Civil)⁵.

² O artigo 123º estatui que os menores carecem de capacidade de exercício de direitos, salvo disposição em contrário. O artigo precedente determina que é menor quem não tiver ainda completado dezoito anos de idade. O artigo 139º equipara, para efeitos de regime, o interdito ao menor, sendo o preceito subsidiariamente aplicável ao inabilitado, nos termos do artigo 156º. Sobre a interdição e a inabilitação, cf., *infra*, III. B. O artigo 1720º, nº 1, alínea b), determina que se considera contraído sob o regime imperativo da separação de bens (quando a regra é o regime da comunhão de adquiridos) o casamento contraído por quem tenha completado sessenta anos de idade. Por força do artigo 1979º, nº 3, só pode adoptar plenamente quem não tiver mais de sessenta anos de idade à data em que o menor lhe tenha sido confiado.

³ O Código do Notariado regula a situação dos denominados “intervenientes acidentais”: outorgantes que não compreendam a língua portuguesa (artigo 65º), surdos e mudos (artigo 66º), incapazes ou inábeis para serem abonadores, intérpretes, peritos, tradutores, leitores ou testemunhas (artigo 68º, que, no nº 1, inclui nesta categoria, designadamente: os que não estiverem no seu perfeito juízo, os que não entenderem a língua portuguesa, os menores não emancipados, os surdos, os mudos e os cegos).

Há normas similares no Código do Registo Civil (artigo 41º, que regula a intervenção em actos de registo de pessoa surda, muda ou surda-muda, e artigo 42º, que prevê a nomeação de intérprete à parte em acto de registo que não conhecer a língua portuguesa) e no Código do Processo Civil (artigo 141º, que fixa as regras a observar quando um surdo, mudo ou surdo-mudo devam prestar depoimento no tribunal).

O artigo 2208º do Código Civil impede os que não sabem ou não podem ler de dispor em testamento cerrado.

⁴ O artigo 488º do Código Civil, subordinado à epígrafe “imputabilidade, exclui, no nº 1, a responsabilidade civil de quem, no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se a pessoa em apreço se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório.

O artigo 13º do Código Penal determina que só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência. O artigo 17º, nº 1, dispõe que age sem culpa quem actuar sem consciência da ilicitude do facto, se o erro lhe não for censurável. O artigo 20º, nº 1, declara que é inimputável (e por conseguinte não pode incorrer em responsabilidade criminal) quem, por força de uma anomalia psíquica, for incapaz no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação.

⁵ Esta disposição legal prevê, no nº 1, que a declaração negocial feita por quem, devido a qualquer causa, se encontrava acidentalmente incapacitado de entender o sentido dela ou não tinha o livre exercício da sua vontade é anulável, desde que o facto seja notório ou conhecido do declaratório.

O Direito “clássico” está obrigado a ter em conta outras pessoas, além do *sujeito capaz*: este sujeito está contacto com essas outras pessoas; a tutela geral da personalidade também abrange aqueles que se não enquadrem na “construção do sujeito capaz” (cf. artigo 70º, nº 1, do Código Civil⁶); o artigo 71º da Constituição da República Portuguesa⁷ vincula o legislador ordinário; e os compromissos internacionais do Estado Português⁸ têm de projectar-se na esfera legislativa deste.

O princípio da dignidade da pessoa humana e o reconhecimento de que o *sujeito capaz* é o destinatário comum das normas jurídicas implicam a fixação de um regime *especial* para as pessoas com deficiência, necessariamente assente na tensão entre uma tendência de autonomia e uma tendência de protecção.

No entanto, antes de se avançar, convém perguntar quem é a pessoa com deficiência.

A Lei nº 38/2004, de 18 de Agosto, que define as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação e participação da pessoa com deficiência, apresenta no seu artigo 2º uma noção de pessoa com deficiência como “aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de funções ou de estruturas do corpo, incluindo as funções psicológicas, apresente dificuldades específicas susceptíveis de, em conjugação com os factores do meio, lhe limitar ou dificultar a actividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas”.

⁶ O preceito mencionado estatui que a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral, sem distinguir em função da capacidade.

⁷ O artigo 71º determina o seguinte:

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

“2. O Estado obriga-se a realizar uma política nacional de prevenção e tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito de solidariedade para com eles e a assumir o encargo da efectiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores.

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

Para uma análise de índole constitucional da problemática das pessoas com deficiência, cf. ANTÓNIO DE ARAÚJO, *Cidadãos portadores de deficiência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, obra em que se analisa o citado artigo 71º de modo particular nas pp. 113 e s.

⁸ O Decreto do Presidente da República nº 71/2009, de 30 de Julho, ratificou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adoptada em Nova Iorque em 30 de Março de 2007, aprovada pela Resolução da Assembleia da República nº 56/2009, em 7 de Maio de 2009.

Aceitemos, pois, esta noção, que, ao associar deficiência a limite à participação em condições de igualdade com as demais pessoas, não se mostra ultrapassada pela perspectiva da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁹.

II. Uma divisão radical: deficiência mental e deficiências de outra ordem

2. No regime jurídico das pessoas com deficiência, é patente a diferenciação que é feita relativamente às pessoas com deficiência mental. E disso há bons exemplos no Direito Penal e no Direito Civil.

A. A divisão no Direito Penal

3. O artigo 20º do Código Penal ocupa-se da inimputabilidade por anomalia psíquica¹⁰. Os artigos 91º a 103º do Código Penal regulam o internamento de quem tiver praticado um ilícito criminal e tiver sido considerado inimputável, nos termos do mencionado artigo 20º.

Os artigos 104º a 107º do Código Penal disciplinam a situação do agente que, não tendo sido declarado inimputável ao abrigo do referido artigo 20º, for condenado em prisão, quando se mostre que sofria de anomalia psíquica ao tempo do crime ou quando a anomalia psíquica sobrevier ao agente depois da prática do crime. São alterações ao regime normal de execução

⁹ O texto da Convenção encontra-se em anexo ao acto que a aprovou no ordenamento jurídico português, a Resolução da Assembleia da República nº 56/2009, de 7 de Maio de 2009, publicada no *Diário da República*, 1ª série, nº 146, de 30 de Julho de 2009, p. 4906. O artigo 1º, segunda parte, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, dispõe: "As pessoas com deficiência incluem aqueles que têm incapacidades duradouras físicas, mentais, 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."

A relevância da igualdade de oportunidades no contexto do tratamento jurídico das deficiências é sublinhada por ANTÓNIO DE ARAÚJO (*Cidadãos portadores de deficiência*, cit., pp. 101-103), que, ao mesmo tempo, dá conta de posições que a questionam.

¹⁰ O artigo 20º do Código Penal dispõe:

"1. É inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica, for incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação.

"2. Pode ser declarado inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica grave, não acidental e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado, não tiver, no momento da prática do facto, a capacidade para avaliar a ilicitude deste ou para se determinar de acordo com essa avaliação sensivelmente diminuída.

"3. A comprovada incapacidade do agente para ser influenciado pelas penas pode constituir índice da situação prevista no número anterior.

"4. A imputabilidade não é excluída quando a anomalia psíquica tiver sido provocada pelo agente com intenção de praticar o facto."

da pena, aparentemente mais favoráveis, que caducam logo que se mostrar que a anomalia foi simulada (cf. artigo 108º do Código Penal).

B. A divisão no Direito Civil

4. No Direito Civil português¹¹, depara-se também com um regime especialíssimo para a pessoa com deficiência mental.

No campo da responsabilidade civil, presume-se falta de imputabilidade nos interditos por anomalia psíquica (artigo 488º, nº 2, do Código Civil).

A demência notória, mesmo durante os intervalos lúcidos, e a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica, impedem o casamento civil (artigo 1601º, alínea b), do Código Civil) e a aplicação de medidas de protecção das uniões de facto (artigo 2º, alínea b), da Lei nº 7/2001, de 11 de Maio).

A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade da vida em comum, constitui fundamento do divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges (artigo 1781º, alínea b), do Código Civil). O cônjuge que pediu o divórcio com este fundamento deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento (artigo 1792º, nº 2, segunda parte, do Código Civil).

O artigo 1850º, nº 1, do Código Civil, prevê que têm capacidade para perfilhar os indivíduos com mais de dezasseis anos, se não estiverem interditos por anomalia psíquica ou se não forem notoriamente dementes no momento da perfilhação.

O artigo 6º, nº 2, da Lei de Procriação Medicamente Assistida (Lei nº 32/2006, de 26 de Julho), determina que as técnicas de procriação medicamente assistida só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, dezoito anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica.

Por força do artigo 1913º, nº 1, alínea b), do Código Civil, consideram-se inibidos do exercício de todas as prerrogativas inscritas nas responsabilidades parentais os interditos e inabilitados por anomalia psíquica, enquanto os demais interditos e inabilitados estão apenas inibidos de representar o filho e administrar os seus bens (nº 2 do mesmo artigo).

¹¹ A divisão entre pessoas com deficiência mental e pessoas com deficiências de outra ordem também está presente em ordenamentos civis estrangeiros, como o alemão. Por exemplo, nos termos do § 1896 I do Código Civil alemão, o "acompanhamento" ("Betreuung") pode ser decretado oficiosamente ou a requerimento da pessoa com deficiência, a não ser que a deficiência seja física, caso em que se não admite uma promoção oficiosa.

Nos termos do art. 1933º, nº 1, alínea b), do Código Civil, não podem ser tutores os notoriamente dementes, ainda que não estejam interditos ou inabilitados.

E o artigo 2189º, alínea b), desse Código, nega capacidade de testar aos interditos por anomalia psíquica.

No conjunto dos preceitos ora indicados, avulta a referência à interdição por anomalia, à inabilitação por anomalia psíquica e à demência notória, situações que nem sempre são objecto de uma solução uniforme.

Mas o que mais importa destacar é uma visão menos sensível do legislador civil acerca da deficiência mental que se traduz em certas restrições de constitucionalidade duvidosa¹²: o inabilitado por anomalia psíquica não pode casar (artigo 1601º, alínea b), do Código Civil), não pode constituir uma união de facto protegida (artigo 2º, alínea b), da Lei nº 7/2001, de 11 de Maio), não pode ter acesso às técnicas de procriação medicamente assistida (artigo 6º, nº 2, da Lei de Procriação Medicamente Assistida) e está impedido de exercer qualquer das prerrogativas contidas nas responsabilidades parentais (artigo 1913º, nº 1, alínea b), do Código Civil)¹³.

¹² E, além disso, talvez não muito conformes com as disposições do artigo 23º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. O nº 1, alínea a), deste artigo, prevê que "os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas e efectivas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência em todas as questões relacionadas com o casamento, família, paternidade e relações pessoais, em condições de igualdade com as demais, de modo a assegurar o reconhecimento do direito de todas as pessoas com deficiência, que estão em idade núbil, em contraírem matrimónio e a constituírem família com base no livre e total consentimento dos futuros cônjuges". No nº 2, determina-se: "Os Estados Partes asseguram os direitos e responsabilidades das pessoas com deficiência, no que respeita à tutela, curatela, guarda, adopção de crianças ou institutos similares, sempre que estes conceitos estejam consignados no direito interno; em todos os casos, o superior interesse da criança será primordial. Os Estados Partes prestam assistência apropriada às pessoas com deficiência no exercício das responsabilidades parentais."

¹³ Concretamente sobre o obstáculo ao casamento, cf. DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2ª edição, Lisboa, AAFDL, 2009, p. 415: "o casamento, enquanto acto que se projecta sobretudo na esfera pessoal das partes, não parece completamente incompatível com uma anomalia psíquica que influa apenas na capacidade de administração dos bens, como é aquela que constitui causa de inabilitação". Em seguida, sustenta-se que, dada a variedade de manifestações de anomalia psíquica, "seria, pelo menos, adequada uma alteração legal que permita àqueles que sofrem de demência *de direito* ou *de facto* notória e habitual contraírem validamente casamento, quando seja judicialmente apurado que a perturbação mental não impede a vida conjugal. A rigidez da solução actual do art. 1601º, al. b), cria a suspeita de uma restrição inconstitucional dos direitos do cidadão portador de deficiência mental (cf. arts. 71º, nº 1, 36º, nº 1, e 18º, nºs 2 e 3, da CRP)". O que se escreveu aí pode adequar-se, com adaptações, à constituição da união de facto, ao acesso à procriação medicamente assistida e ao exercício das responsabilidades parentais.

III. Instrumentos de protecção civil da pessoa com deficiência no direito português

5. Embora o regime especial da pessoa com deficiência não vise exclusivamente a sua protecção¹⁴, esta problemática da protecção é inequivocamente a mais preponderante.

No quadro da protecção da pessoa com deficiência, cabe ao Ministério Público um papel proeminente, como decorre do artigo 3º, nº 1, alínea a), do Estatuto do Ministério Público (aprovado pela Lei nº 47/86, de 15 de Outubro), preceito que dispõe competir, especialmente, a esta instituição representar os incapazes.

6. Os instrumentos disponíveis para protecção civil da pessoa com deficiência¹⁵ são múltiplos, havendo que distinguir os que traduzem respostas pontuais de defesa da esfera patrimonial, ou não patrimonial, dessa pessoa (ainda que tenham sido estruturadas para

¹⁴ Cf., *supra*, nº 4: por exemplo, a inibição de responsabilidades parentais que recai sobre o interdito ou inabilitado por anomalia psíquica destina-se predominantemente a assegurar a protecção dos filhos menores.

¹⁵ No que toca aos instrumentos não civis, refira-se os que se encontram no Código de Processo Penal e no Código Penal.

Afigura-se interessante o conhecimento do teor dos artigos 64º, nº 1, alínea i), 68º, nº 1, alínea d), e 93º, do Código de Processo Penal. O primeiro preceito determina a obrigatoriedade de assistência do defensor, em qualquer acto processual, sempre que o arguido for surdo, mudo, analfabeto, desconhecedor de língua portuguesa, menor de 21 anos, ou se suscitar a questão da sua inimputabilidade ou da sua imputabilidade diminuída. No caso de o ofendido ser incapaz, o artigo 68º, nº 1, alínea d), admite que se constitua assistente no processo o respectivo representante legal, o cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e os descendentes ou, na falta deles, os ascendentes, os irmãos e seus descendentes, o adoptante, o adoptado e a pessoa que com o ofendido vivesse em condições análogas às dos cônjuges, salvo se alguma destas pessoas houver participado no crime. O artigo 93º estabelece as regras que se devem observar quando um surdo, um deficiente auditivo ou um mudo devam prestar declarações.

No Código Penal, temos os artigos 113º, 138º, 152º, 152º-A, 158º, 165º, 166º e 296º. O artigo 113º, que tem ainda um cariz processual, ao prever a hipótese de o ofendido não entender o alcance e o significado do exercício do direito de queixa, atribui legitimidade a outras pessoas para apresentar queixa (nº 4) e, em determinadas condições, permite ao Ministério Público iniciar procedimento criminal que estava dependente de queixa (nº 5). Os restantes artigos fixam tipos de crimes em que uma pessoa com deficiência é ou pode ser vítima: exposição ou abandono (artigo 138º); violência doméstica (artigo 152º, que, na alínea d) do nº 1 alude a pessoa particularmente indefesa, em razão de deficiência); maus tratos (artigo 152º-A, que no nº 1 volta a aludir a pessoa particularmente indefesa, em razão de deficiência); sequestro (artigo 158º, prevendo-se na alínea e) do nº 2 um aumento da moldura penal no caso de a vítima ser pessoa particularmente indefesa, em razão de deficiência); abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (artigo 165º); abuso sexual de pessoa internada (artigo 166º); utilização de menor na mendicidade (artigo 296º, que, apesar da epígrafe, pune com pena de prisão também aquele que utilizar pessoa maior psiquicamente incapaz na mendicidade).

garantir o interesse da generalidade das pessoas) dos meios marcados por um propósito mais global e duradouro de protecção.

A. Respostas pontuais

7. As respostas pontuais de protecção civil podem traduzir-se numa invalidação da acção da própria pessoa que carece de tutela ou numa legitimação da intervenção de terceiros em assuntos dessa mesma pessoa.

No campo da defesa da pessoa contra a sua própria acção, depara-se com as figuras da incapacidade acidental e dos negócios usurários. Nos termos do artigo 257º, nº 1, do Código Civil, a declaração negocial feita por quem, devido a qualquer causa, se encontrava acidentalmente incapacitado de entender o sentido dela ou não tinha o livre exercício da sua vontade é anulável, desde que o facto seja notório ou conhecido do declaratório. O artigo 282º, nº 1, do mesmo diploma, estabelece que é anulável, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados.

No que respeita à legitimação de terceiro para intervir, avulta o instituto da gestão de negócios, que se dá quando uma pessoa assume a direcção de negócio alheio no interesse e por conta do respectivo dono, sem para tal estar autorizada (artigo 464º do Código Civil). A pessoa que se encarrega dos assuntos de outrem, sem para tal estar autorizada, se exercer a gestão em conformidade com o interesse e a vontade, real ou presumível, do dono do negócio, não incorre em responsabilidade civil perante este e pode exigir-lhe o reembolso das despesas que fundadamente tenha considerado indispensáveis (cf. artigos 466º e 468º do Código Civil).

O artigo 1679º do Código Civil prevê uma aplicação da gestão de negócios no Direito Matrimonial, ao prescrever que o cônjuge que não tem a administração de bens não está inibido de tomar providências a ela respeitantes, se o outro se encontrar, por qualquer causa, impossibilitado de o fazer, e do retardamento das providências puderem resultar prejuízos.

E o artigo 1678º, nº 2, alínea f), de tal Código, torna dispensável o recurso à gestão de negócios, quando atribui a um cônjuge o poder de administrar os bens do outro, se este se encontrar impossibilitado de exercer a administração por se achar em lugar remoto ou não sabido ou por qualquer motivo, e desde que não tenha sido conferida procuração bastante para administração desses bens¹⁶.

¹⁶ Cf. DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família* (obra citada, *supra*, na nota 13), pp. 564-566, 574-576.

Ainda no quadro da intervenção de terceiro, há que referir o domínio da acção cível, disciplinado pelo Código de Processo Civil. Uma vez fixado o princípio de que os incapazes só podem estar em juízo por intermédio dos seus representantes, ou autorizados pelo seu curador, excepto quanto aos actos que possam exercer pessoal e livremente (artigo 10º, nº 1), o diploma ocupa-se da hipótese em que o incapaz não disponha de um representante geral. Se estiver pendente uma acção, o artigo 11º prevê então que lhe seja designado um curador provisório, ou especial, pelo juiz da causa, incumbindo ao curador nomeado, tanto no decurso do processo como na execução da sentença, praticar os mesmos actos que competiriam ao representante geral. Ao abrigo do artigo 14º, nº 1, as pessoas que, por anomalia psíquica ou outro motivo grave, estejam impossibilitadas de receber a citação para a causa são representadas nelas por um curador especial. E se for necessário intentar uma acção para tutela dos direitos e interesses do incapaz, caberá ao Ministério Público fazê-lo (artigo 17º, nº 1).

B. A inabilitação e a interdição

8. No nosso ordenamento, os meios duradouros de protecção da pessoa com deficiência, por excelência, são a inabilitação e a interdição. Estes institutos são, normalmente, estudados na disciplina de Teoria Geral do Direito Civil¹⁷, estando regulados nos artigos 138º a 152º do Código Civil.

Ambas as figuras são aplicáveis à incapacidade permanente de pessoas maiores, sendo que a inabilitação tem em vista situações relativamente menos graves do que aquelas que justificam a interdição. Mais especificamente, a inabilitação aplica-se a indivíduos que, devido a anomalia psíquica, surdez-mudez, cegueira, habitual prodigalidade, uso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, se mostrem incapazes de reger convenientemente o seu património (artigo 152º do Código Civil); a interdição tem em vista todos aqueles que por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira se mostrem incapazes de governar suas pessoas e bens (artigo 138º, nº 1, do Código Civil).

A inabilitação e a interdição são decretadas pelo tribunal, no âmbito de um processo especial, estabelecido nos artigos 944º a 958º do Código de Processo Civil.

¹⁷ Cf., nomeadamente, CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Lisboa, AAFDL, 1978, pp. 155-166; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 190-198; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas, 2004, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 409-427; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 119-125.

O efeito principal da inabilitação consiste na designação de um curador, que fica incumbido de assistir o incapaz na prática de actos de disposição de bens entre vivos (cf. artigo 153º, nº 1, do Código Civil). Surge, assim, um conjunto de actos patrimoniais sujeitos a um regime de assistência.

O efeito principal da interdição consiste na negação de capacidade geral de exercício ao incapaz e na nomeação de um tutor, a quem caberá agir enquanto representante do interdito, tudo numa lógica inspirada no modelo pensado para a incapacidade por menoridade (cf. artigo 139º).

A interdição e a inabilitação estão longe de proporcionarem boas soluções¹⁸. Os processos de interdição e inabilitação são morosos, implicam, por vezes, pesados custos; têm cariz estigmatizante; e não cobrem situações de incapacidade temporária, ainda que se trate de incapacidade temporária grave. No caso particular da inabilitação, confere-se maior relevância à protecção do património do que à protecção da pessoa do incapaz.

No caso da interdição, o mecanismo de defesa do interesse do incapaz é a tutela, um meio pouco flexível e originariamente estruturado para suprir o poder paternal.

C. O acolhimento familiar e o internamento compulsivo

9. No leque de meios duradouros de protecção do incapaz contam-se ainda o acolhimento familiar e o internamento compulsivo.

O Decreto-Lei nº 391/91, de 10 de Outubro, regula o acolhimento familiar de pessoas idosas e adultos com deficiência. À luz do artigo 1º, n.º 1, o acolhimento familiar em apreço consiste em integrar, temporária ou permanentemente, pessoas idosas ou adultos com deficiência em famílias consideradas idóneas. O acolhimento familiar é assumido por particulares, no seu domicílio (artigo 1º, n.º 2), sendo prestado a título oneroso (artigo 1º, n.º 3).

O acolhimento familiar pode verificar-se nas seguintes condições (artigo 2º, n.º 1): inexistência ou insuficiência de respostas sociais eficazes que assegurem o apoio adequado à manutenção no seu domicílio da pessoa idosa ou da pessoa com deficiência; ausência da respectiva família ou quando esta não reúna condições mínimas para assegurar o seu acompanhamento.

¹⁸ Cf., entre outros, PAULA TÁVORA VÍTOR, *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, e “Pessoas com capacidade diminuída: promoção ou/e protecção”, em AA.VV., *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 175 e s.; ROCHA RIBEIRO, “As incapacidades jurídicas e os seus meios de suprimento”, em Tânia da Silva Pereira/Guilherme de Oliveira (coordenadores), *O cuidado como valor jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 2008, pp. 236-238 [219-239].

Um dos deveres da família de acolhimento é o de acompanhar a pessoa acolhida, garantindo-lhe a satisfação das suas necessidades básicas (artigo 8º, alínea a)).

Nos termos do artigo 11º, nº 1, “a pessoa acolhida tem os direitos inerentes ao reconhecimento da dignidade como pessoa humana, independentemente da sua situação de dependência ou de perda de autonomia”.

Não obstante os objectivos do diploma relativamente ao acolhimento familiar de pessoas com deficiência¹⁹, faltam dados comprovativos de uma aplicação significativa da medida.

10. O internamento compulsivo corresponde a uma medida especificamente aplicável aos cidadãos com anomalia psíquica, que é disciplinada pelos artigos 6º e seguintes da Lei de Saúde Mental (Lei nº 36/98, de 24 de Julho): é decretada pelo tribunal; aplica-se a pessoas com anomalias graves; e só pode ser determinada quando for a única forma de garantir a submissão a tratamento do internado (cf. artigo 8º, nº 1).

O internamento compulsivo, medida extrema, alegadamente centrada no interesse do incapaz, não deixa de estar submetido à influência de uma lógica de repressão e prevenção da prática de ilícitos: visa, em primeira linha, “o portador de anomalia psíquica grave que, crie, por força dela, uma situação de perigo para bens jurídicos, de relevante valor, próprios *ou alheios*, de natureza pessoal ou patrimonial, e recuse submeter-se ao necessário tratamento médico”(artigo 12º, nº 1)²⁰; e o processo que leva à aplicação da medida tem um pendor penal, que se confirma na indicação daquela que constitui a legislação subsidiária²¹.

IV. Os ventos da “doutrina da alternativa menos restritiva”

A. A doutrina

11. O sentimento de inadequação do regime especial da pessoa com deficiência, que se observa, nomeadamente, quanto às normas portuguesas e que já se verificou relativamente a

¹⁹ Cf. o preâmbulo do mencionado Decreto-Lei nº 391/91, de 10 de Outubro: “apoiar aqueles que, por sua idade ou por falta de autonomia, vivem numa situação de isolamento, agravada pela insuficiência ou inexistência de resposta que satisfaçam as suas necessidades básicas”, mediante a criação de um meio alternativo ao meio familiar, que, sendo mais humano e personalizado, evite ou retarde o mais possível o recurso à resposta institucional.

²⁰ O itálico é nosso.

²¹ Cf. o artigo 9º: “Nos casos omissos aplica-se, devidamente adaptado, o disposto no Código de Processo Penal”.

normas de outros Países ocidentais (v.g., Estados Unidos da América e Alemanha), levou à criação e difusão da chamada doutrina da alternativa menos restritiva²².

Segundo esta doutrina, a defesa das pessoas com capacidade diminuída deve efectuar-se com a menor restrição possível dos direitos fundamentais, mediante o recurso a instrumentos de protecção que permitam assegurar àquelas o máximo controlo sobre a sua vida.

B. A voz do Conselho de Europa

12. A doutrina da alternativa menos restritiva foi incorporada na Recomendação nº R (99) 4, do Conselho da Europa, adoptada pelo Comité de Ministros em 23 de Fevereiro de 1999, que fixa princípios aplicáveis à protecção de adultos incapazes.

A referida doutrina está claramente presente nos seguintes princípios: respeito pelos direitos humanos (Princípio 1); flexibilidade na resposta jurídica (Princípio 2); máxima preservação da capacidade (Princípio 3); ponderação da publicidade a dar às medidas de protecção (Princípio 4); necessidade e subsidiariedade (Princípio 5); proporcionalidade (Princípio 6); processo justo e eficiente (Princípio 7); prevalência dos interesses e do bem-estar da pessoa incapaz (Princípio 8); respeito pelos desejos e sentimentos da pessoa em causa (Princípio 9); e consulta das pessoas próximas do adulto incapaz (Princípio 10).

Para melhor ilustração, diga-se que o princípio 2, flexibilidade na resposta jurídica, impõe a aplicação de medidas de protecção adequadas ao grau de incapacidade (nº 1); a disponibilização de medidas simples e não dispendiosas (nº 3); a possibilidade de medidas que não restrinjam necessariamente a capacidade jurídica do adulto que carece de protecção (nº 4) ou que se circunscrevam a um acto específico, sem que seja necessária a designação de um representante geral ou de alguém com poderes prolongados de representação (nº 5); e a relevância das disposições de vontade de uma pessoa capaz destinadas a regular uma situação de incapacidade própria superveniente (nº 7).

O Princípio 3, sob a epígrafe “máxima preservação da capacidade”, prescreve no nº 2 que as medidas de protecção não devem acarretar uma privação automática da faculdade de decisão do adulto incapaz em matérias pessoais, incluindo nestas, expressamente, o direito de voto, de fazer testamento e de tomar posição quanto a intervenções respeitantes à sua própria saúde.

²² Nos Estados Unidos, a doutrina foi estabelecida, em 1960, no caso *Shelton v. Tucker* (cf. PAULA TÁVORA VÍTOR, *A administração...*, obra citada, *supra*, na nota 18, pp. 27-28).

C. O exemplo alemão: “Betreuung” (acompanhamento)

13. Uma importante alteração legislativa verificada no direito alemão, que se harmoniza bem com a doutrina da alternativa menos restritiva, precedeu a referida recomendação do Conselho da Europa: a “Lei do Acompanhamento” (“Betreuungsgesetz”) de 12 de Setembro de 1990, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1992, aboliu a tutela de maiores, substituindo este instituto por um novo, conhecido por “Betreuung” ou acompanhamento²³.

O acompanhamento encontra a sua disciplina nos §§ 1896 a 1908i do Código Civil alemão.

Por força do § 1896 I, o acompanhamento aplica-se à pessoa maior que, por doença mental, deficiência física, mental ou psicológica, não possa tratar total ou parcialmente dos seus assuntos; é decretado pelo tribunal, a pedido da pessoa a que se irá aplicar ou oficiosamente, se ela padecer de doença mental ou não puder manifestar a sua vontade.

O acompanhamento tem como efeito a designação de um ou mais “acompanhantes” (“Betreuer”), que estão incumbidos da prática dos actos necessários para cuidar dos assuntos daquele que está submetido ao acompanhamento (§§ 1896 I e II, 1901 I).

A designação de um dado acompanhante não pode colidir com a vontade livre e esclarecida do adulto sob protecção (§ 1896 Ia); a sugestão feita por este de designação de certa pessoa como acompanhante deve ser acolhida, a não ser que seja contrária ao interesse daquele adulto (§ 1897 IV).

No exercício das suas funções, o acompanhante deve agir no interesse da pessoa protegida, determinando a lei que este interesse inclui a possibilidade de a pessoa sob acompanhamento, dentro das suas capacidades, conformar a sua vida segundo os próprios desejos e ideias (§ 1901 II).

O acompanhante tem de cumprir os desejos da pessoa protegida, desde que não colidam com o interesse dela, estando, em princípio, obrigado a discutir com a mesma assuntos importantes antes da sua resolução (§ 1901 III).

V. Enquanto a espera desespera: uma reinterpretção do instituto português da tutela?

14. A doutrina da alternativa menos restritiva foi recebida, entre nós, pela Lei nº 38/2004, de 18 de Agosto.

²³ Sobre a figura alemã do acompanhamento, cf., entre outros, GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, 5ª ed., Munique, Beck, 2006, pp. 954-975.

A mencionada lei consagra, nomeadamente, os princípios da singularidade, cidadania e autonomia da pessoa com deficiência: reconhece-se a singularidade da pessoa com deficiência e a necessidade de uma abordagem diferenciada da deficiência, tendo em consideração as circunstâncias pessoais (artigo 4º); declara-se que a pessoa com deficiência “tem direito a todos os bens e serviços da sociedade, bem como o direito e o dever de desempenhar um papel activo no desenvolvimento da sociedade” (artigo 5º); e determina-se que a pessoa com deficiência tem o direito de decisão pessoal na definição e condução da sua vida (artigo 7º).

E, em 2009, Portugal ratificou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência²⁴, fonte de direito internacional que, no artigo 12º, n.º 4, estabelece que os Estados Partes fornecem garantias mediante as quais se assegura que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica respeitam os desejos, a vontade e as preferências da pessoa com deficiência, estão isentas de conflitos de interesse e influência indevidas, são proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa, aplicam-se no período de tempo mais curto possível e estão sujeitas a uma controlo periódico por uma autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial.

No entanto, a recepção da doutrina da alternativa menos restritiva parece ter sido meramente *nominal*, no campo civil, dada a continuação da vigência do regime da interdição e inabilitação, que até agora não foi alterado (ou significativamente alterado, se tivermos em consideração também a lei processual).

Entretanto, talvez o instituto da tutela dos interditos possa obter uma configuração mais próxima daquela que é ditada pelos princípios da singularidade e da autonomia da pessoa com deficiência por via meramente interpretativa.

Como se afirmou atrás, uma das fraquezas da tutela portuguesa de pessoas maiores reside no facto de esta ter como base um meio de suprir o poder paternal, a tutela de menores. Ora, a disciplina da tutela, constante dos artigos 1921º a 1962º do Código Civil, está marcada pela especificidade da protecção daqueles que são incapazes por não terem completado os dezoito anos de idade. Não obstante o disposto no artigo 139º do Código Civil, é difícil equiparar o interdito ao menor e aceitar que ambos venham a ser tratados da mesma forma, “com as necessárias adaptações”.

No entanto, enquanto se aguarda por modificações legislativas, dada a evolução que se detecta na concepção da relação entre os sujeitos das responsabilidades parentais, a situação do incapaz adulto pode beneficiar com a afinidade que é estabelecida com o menor.

²⁴ Decreto do Presidente da República nº 71/2009, de 30 de Julho, publicado no *Diário da República*, 1ª série, nº 146, de 30 de Julho de 2009, p. 4875.

À luz do artigo 1935º, nº 1, do Código Civil, em regra, o tutor tem os mesmos direitos e obrigações dos pais. Por isso, se o menor pupilo deve obediência ao tutor, este, de acordo com a maturidade do pupilo, deve ter em conta a sua opinião em assuntos importantes e reconhecer-lhe autonomia na organização da própria vida (cf. artigo 1878º, nº 2, do Código Civil, adaptado e aplicado *ex vi* do referido artigo 1935º, nº 1).

Ou seja, o recurso adaptado às normas que regulam a incapacidade por menoridade, que é imposto pelo artigo 139º do Código Civil, implica que a tutela de maiores se exerça de modo a que seja dado espaço de realização à capacidade concreta do interdito.

VI. Considerações finais

15. Concluída esta breve análise, predominantemente panorâmica, da forma como as áreas ditas clássicas do Direito se ocupam das matérias relativas às pessoas com deficiência, pode dizer-se que a regulamentação em apreço se caracteriza pela dispersão. Falta uma legislação unificada e sistematizada, o que, naturalmente, origina algumas incoerências. Mas não parece ser muito conveniente a aprovação de um código exclusivamente dedicado ao estatuto das pessoas com deficiência, porque, ao assumir uma separação formal nítida entre os cidadãos, seria susceptível de alimentar sentimentos de discriminação.

Abstraindo-se dos aspectos formais, verifica-se que a regulamentação portuguesa acolhe uma contraposição radical entre deficiência mental e deficiências de outra natureza; que é perceptível uma mudança de atitude legislativa num sentido mais consentâneo com a dignidade da pessoa humana; e que essa mudança é sinal de uma evolução que ainda está incompleta.

De facto, há que alterar o nosso direito ordinário, situando-o mais dentro do espírito da doutrina da alternativa menos restritiva. Enquanto tal não acontece, afigura-se útil um discurso crítico, educadamente provocador. Enquanto tal não acontece, não se deve excluir o esforço de formulação de propostas de interpretação da lei vigente inspiradas naquela doutrina.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Alguns aspectos do instituto da interdição*

Publicado em Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, *Direito e Justiça*, Lisboa, Vol. 9, Tomo 2, 1995, pp. 131-168

Raúl Guichard Alves

Sumário:

1. Introdução e indicação da sequência
2. Referência à disciplina legal
3. A *ratio* (fundamental) do instituto
4. Os princípios da taxatividade (legal) dos fundamentos da interdição e da necessidade de um processo judicial
5. Os pressupostos da interdição: I) Maioridade do sujeito
6. Cont. II) Incapacidade de reger os bens e a pessoa em razão de anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira. A anomalia psíquica como causa de incapacidade

* O presente estudo, se esse nome lhe posso dar, corresponde com alterações ou correcções mínimas ao publicado na Revista Direito e Justiça, vol. IX, 1995, tomo 2, págs. 131 a 168, sob o título *Alguns aspectos do Instituto da Interdição*. Texto que vertia parte da “lição” “lida” aquando das provas públicas para Professor Coordenador do Instituto Politécnico do Porto a que se apresentou o autor. Prescindiu-se aqui, por razões de tempo e porque entretanto outros afazeres me afastaram do tema, das (muito) necessárias actualizações. Mormente, a matéria do exercício dos direitos de personalidade teria de ser incluída (algumas sugestões em matéria afim encontram-se em *A incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação* (disponível em <https://sites.google.com/site/textosderaulguichard/>); o panorama de direito comparado haveria de ser amplamente revisto e ampliado, abarcando por exemplo os sistemas da *common law* e o direito suíço; e a bibliografia modernizada. As (cursivas) sugestões de reforma no final apresentadas só posteriormente foram redigidas, por ocasião de uma intervenção no âmbito do XII Curso Normal “Cultura Jurídica e Temas da Especialidade”, promovido, já lá vão uns anos, pelo Centro de Estudos Judiciários; e beneficiaram da discussão que então se travou com todos os intervenientes.

Não resisto a revelar a satisfação que experimento ao ter encontrado sufragadas, posteriormente, em diversos locais e textos (mesmo dissertações, nem sempre com a necessária referência), algumas das tendências que então constatei e das perspectivas desenhadas ou insinuadas.

7. Cont. III) Caracteres da anomalia psíquica: A) Gravidade
 8. (Cont.) B) Actualidade
 9. (Cont.) C) Habitualidade
 10. Cont. IV) A surdez-mudez e a cegueira como causas de incapacidade
 11. Alusão à incapacidade do interdito quanto aos negócios ou actos pessoalíssimos
 12. Hipóteses a que não se aplica a interdição
 13. O problema da “obrigatoriedade” da declaração de interdição
- Excurso.** Dados de direito comparado. Algumas propostas de reforma do nosso direito

1. *Introdução e indicação da sequência* – Não tem o tema da interdição sido objecto de especial atenção por parte da nossa mais recente doutrina. Se no âmbito do Código de Seabra uma viva discussão se tinha polarizado à volta do entendimento da noção legal de “demência” (conceito utilizado quanto aos fundamentos de incapacidade; embora no corpo do art. 314.º do Código de 1869 se referissem os “mentecaptos, e todos aquellos que, pelo estado anormal de suas faculdades mentaes”) e dos requisitos da anulabilidade dos actos de um demente só ulteriormente interdito, após a entrada em vigor do Código Civil de 1966 (doravante CC; diploma a que pertencem, salvo menção em contrário, os artigos citados), que procurou esclarecer os pontos debatidos, o interesse pela matéria esmoreceu.

Além do tratamento em manuais da Parte Geral do Código Civil, as referências encontradas são episódicas e dirigidas a aspectos específicos ou marginais. Também um certo declínio da efectividade do instituto se deixa adivinhar no contacto com a jurisprudência.

E, contudo, impõe-se hoje repensá-lo (assim como à contígua figura da inabilitação) na sua existência, concepção e orientações. Sobretudo importa efectuar a necessária coordenação com a nova “realidade constitucional”, na “centralidade” que esta atribui à pessoa humana, à sua dignidade e liberdade, dentro de uma sociedade solidária (cfr. art. 1.º da Constituição da Republica Portuguesa – doravante CRP). No direito ao desenvolvimento da personalidade que a todos a nossa Lei Fundamental reconhece (art. 26.º, n.º 1, CRP). No direito à capacidade civil que expressamente prevê (art. 26.º, n.º 1, CRP). No princípio da igualdade e na proibição de discriminações (negativas) que consagra (arts. 13.º e 26.º, n.º 1, CRP). No cânone da restrição mínima dos direitos, liberdades e garantias (art. 18, n.º 2 e n.º 3, CRP). No gozo pleno dos direitos constitucionais que assegura aos portadores de anomalias físicas

ou mentais (art. 71.º, n.º 1, CRP). Na garantia da saúde (art. 64.º CRP) e, especificamente, na obrigação de prevenção e tratamento, reabilitação e integração dos portadores de deficiências (art. 71.º, n.º 2, CRP). No respeito pela autonomia pessoal, evitando ou superando o isolamento ou a marginalização social das pessoas idosas (art. 72.º CRP). No direito de constituir família e de contrair casamento (art. 36.º CRP). No direito à intimidade da vida privada (art. 26.º, n.º 1, CRP).

Parafraseando o título de um estudo de H. KOLLER, dir-se-á que os direitos do homem e as liberdades fundamentais representam o ponto de partida do entendimento (e da eventual reforma) do “direito das incapacidades” – este é, em boa medida, “direito constitucional aplicado”.

Como se sabe, a protecção dos mais fracos é um imperativo constitucional e um princípio do direito civil, que decorre da ideia de solidariedade humana, reclamada pela própria instância ético-moral. Na interdição – ao lado da inabilitação, o principal instrumento privatístico, no direito português, de protecção dos incapazes maiores – trata-se de proteger aqueles que, de uma maneira ou outra, estão afectados duradouramente nas suas capacidades volitivas ou intelectivas e, por conseguinte, não têm a aptidão necessária para se autodeterminarem.

Sucedo porém, aqui como em geral, que entre a protecção de um homem e a sua liberdade existe um conflito ou antagonismo inevitável. Ninguém ignora quanto a interdição contende com a livre condução da vida e desenvolvimento da personalidade. Encontramo-nos, sem exagero, perante uma das mais gravosas intromissões (do Estado) na liberdade do indivíduo, na sua esfera jurídico-privada. Hoje vale ainda plenamente aquilo que PROUDHON disse, a este propósito, há séculos: ser a interdição “uma coisa grave, que tem por efeito tornar, por assim dizer, a pessoa afectada estranha à vida civil e ao comércio com os seus semelhantes”.

No nosso sistema – lembre-se – a incapacidade geral do interdito não diz apenas respeito aos actos patrimoniais, mas abrange muitos dos actos pessoais, ficando ele submetido não apenas à “cura” dos seus bens, mas também da sua pessoa. A lei equipara o interdito, afinal, a um menor. De um modo geral, a incapacidade implica uma limitação da liberdade civil do sujeito e dos seus direitos fundamentais; nessa medida, contende com a ordem constitucional e a ordem pública. E coisa semelhante se pode dizer do regime da inabilitação.

Ora, tais restrições só lograrão nos dias de hoje justificar-se cabalmente à luz da protecção do próprio incapaz. E só nessa estrita medida: a disciplina legal não pode ir além, nem ficar aquém, do necessário e concretamente exigido pelo interesse daquele. Outro entendimento não será sufragável perante os valores e princípios constitucionais. Certeiramente escreve

PERLINGIERI que a lei ordinária não deve limitar o desenvolvimento da pessoa humana senão para melhor a realizar.

Nesta ordem de ideias, não pode também deixar de nos convocar à reflexão a profunda revisão ocorrida noutras ordens jurídicas (europeias) neste domínio (um pouco mais em pormenor, ver *infra*). Revisão que levou, no extremo, à abolição do instituto, como no caso da Alemanha ou da Áustria, ou à sua substancial alteração, sobretudo quanto à inserção no quadro de outras medidas de protecção dos incapazes maiores, como sucedeu em França e em Espanha. Em Itália, cuja legislação serviu neste ponto de inspiração à nossa, que, por isso, muito se lhe assemelha, vozes de reforma fazem-se ouvir de vários quadrantes, consubstanciadas, aliás, em várias propostas de alterações.

Em causa está ou estava o eventual desfasamento ou dissonância do escopo institucional com os dados legais e os resultados perseguidos e realizados na sua aplicação prática. Questiona-se, assim, se a interdição, atenta a respectiva concepção e funcionamento, preenche de modo efectivo e adequado o seu desiderato. E muitas vezes respondem negativamente a tal quesito.

Destarte, não falta quem critique o “carácter automático, global e estático” dos efeitos da interdição: “um sistema ablativo”, instaurando “uma permanente condição de verdadeira inferioridade jurídica”, que não atenderia à idoneidade ou aptidão concreta do sujeito, na “imponência qualitativa e quantitativa dos seus efeitos”. Quem deplore o pendor “patrimonialístico” da disciplina dos dois institutos; a que acresceria o facto de a administração do património, consentida ao tutor ou colocada sob controlo do curador, obedecer a critérios predominantemente “conservatísticos”. Quem acentue outros aspectos do regime legal que se traduzem num verdadeiro desfavorecimento do incapaz. Quem assinale ainda, como consequência perversa, o seu carácter anti-terapêutico e disruptivo, a forte resistência com que amiúde depara por parte do doente, ao arrepio da ideia médica de que a colaboração e empenho deste constituem, a maior parte das vezes, condição primeira da eficácia do tratamentos e cura; quem chame a atenção para a estigmatização, segregação e, em geral, abandono, a que o incapaz se encontra exposto. Quem denuncie a funcionalização dos institutos aos interesses dos familiares e de terceiros.

Ora, também a nossa actual lei civil não se isenta de tais reparos. E logo avulta a eventual contradição com o espírito (e a própria letra) da chamada Lei de Saúde Mental (Lei n.º 36/98, de 24 de Julho), centrada no restabelecimento do sujeito afectado, na “desinstitucionalização” do tratamento e na minimização dos efeitos estigmatizantes. Nos termos do seu art. 2º, a protecção da saúde mental há-de efectivar-se através “de medidas que contribuam para assegurar ou restabelecer o equilíbrio psíquico dos indivíduos, para

favorecer o desenvolvimento das capacidades envolvidas na construção da personalidade e para promover a sua integração crítica no meio social em que vive”.

Porém, a anteceder qualquer juízo crítico, há-de estar um estudo e um conhecimento o mais exacto possível da disciplina positivo-legal. É esse, no essencial, o propósito deste trabalho; todavia, uma análise de *iure conditio* não significa que se abdique de uma dimensão crítica e da desenvolvimento dos dados normativos.

Dividiremos o nosso estudo em três partes, precedidas por algumas observações preliminares. Na primeira, a que agora se publica, trataremos dos pressupostos (substanciais) da interdição (o regime da inabilitação só perfunctoriamente se referirá), na segunda dos respectivos efeitos e, finalmente, de alguns aspectos processuais.

2. Referência à disciplina legal da matéria – A interdição encontra-se regulada, na sua disciplina nuclear, nos arts. 138.º a 151.º. As normas referidas, enquadradas pela menoridade e pela inabilitação, inserem-se na Subsecção III – Interdições, da Secção V – Incapacidades, do Capítulo I – Pessoas singulares (dentro do Subtítulo I – Das pessoas, do Título II – Das relações jurídicas, do Livro I – Parte Geral). Integram igualmente o regime da interdição (e da inabilitação) as disposições que, dentro da menoridade, regulam a incapacidade e fixam os meios de suprir o poder paternal, por força da remissão contida no art. 139.º (e no art. 156.º, estabelecendo-se para a inabilitação uma remissão “dupla” ou à “segunda potência” para esses preceitos. Existem ainda uma série de disposições legais dispersas pelo Código Civil que se referem, directa ou indirectamente, à interdição ou à capacidade do interdito (e do inabilitado).

Directa atinência com a regulamentação material têm os aspectos processuais do procedimento de interdição (e de inabilitação). Esta é, aliás, um dos temas onde a imbricação ou entrelaçamento do direito substancial e do direito adjectivo mais se faz sentir. A prová-lo está a tradicional inclusão na legislação (material) civil de normas de natureza processual. Assim acontece no Código Civil, aliás sem que se atine com a coerência do critério seguido, a propósito da atribuição de competência, art. 140.º; do problema da legitimidade activa, art. 141.º; da publicidade da sentença, art. 147.º; junte-se o art. 155.º, quanto ao levantamento da inabilitação.

Assinale-se também que a generalidade dos preceitos do regime da interdição possui carácter imperativo, em vista da sua atinência à matéria da capacidade jurídica, cuja disciplina é de qualificar como de ordem pública – argumento *ex art. 69.º*.

Obviamente que um quadro completo só se obteria considerando outros ramos do nosso ordenamento (todavia, indesejável será, como por vezes se propõe, desentranhar do

Código Civil o essencial da sua regulamentação e do regime da protecção civil dos maiores; é essa a sua *sedes materiae* própria, por tradição e para dar conta da importância e dignidade de tal matéria). Quer ramos do direito privado, quer do direito público (mal de algum modo tal distinção claudica aqui). E ainda certos instrumentos normativos internacionais e comunitários, que, de resto, integram ou vigoram na nossa ordem jurídica interna, nos termos do art. 8.º CRP.

Na ordem interna, particular menção merece, indubitavelmente, a já referida Lei da Saúde Mental, que estabelece os princípios gerais da política de saúde mental e regula o internamento compulsivo dos portadores de anomalia psíquica.

Na ordem internacional, podem referir-se, a título meramente exemplificativo, no quadro da ONU:

- A Declaração Universal dos Direitos do Homem (especialmente os arts. 1.º, 2.º e 7.º);
- O Pacto Internacional relativo aos Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional relativo aos Direitos Sociais e Culturais;
- A Declaração dos Direitos dos Deficientes Mentais – Resolução 2856 (XXXVI) da Assembleia Geral, de 20/12/1971 (cfr., especialmente, arts. 1.º, 2.º, 5.º, 6.º, 7.º);
- A Declaração dos Direitos das Pessoas Incapazes – Resolução 3447 (XXX) da Assembleia Geral, de 9/12/1975 (cfr., especialmente, arts. 3.º, 4.º e 6.º);
- A Resolução da Assembleia Geral sobre a Aplicação do Plano de Acção Internacional sobre o Envelhecimento, de 16/12/1991;
- A Resolução da Assembleia Geral sobre a Protecção das Pessoas Afectadas de Doença Mental e a Melhoria dos Cuidados de Saúde Mental – A/RES/46/119, de 17/12/1991 (especialmente, n.ºs 6 e 7 do Princípio 1 do Anexo à Resolução).

No âmbito do Conselho da Europa, lembre-se:

- A Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, especialmente o art. 5.º (direito à liberdade e segurança), o art. 6.º (direito a um processo equitativo), o art. 8.º (respeito da vida privada e familiar), o art. 13.º (direito a uma via de recurso eficaz), e, ainda, o art. 1.º (direito ao respeito dos bens) do Primeiro Protocolo à Convenção; no âmbito das decisões da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, indiquem-se apenas *FB v. Áustria*, de 10/09/1992 (App. N.º 14477/88) e *X v. FRG*, de 14/03/1980 (App. n.º 8518/79).
- A Carta Social Europeia e, posteriormente, a Carta de Nice.

- Em especial, a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, de 4/4/1997 (cfr. arts. 2.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º e 9.º).
- E a Recomendação n.º R(92) 6 sobre “Uma política coerente para as pessoas com incapacidades”, adoptada pelo Comité de Ministros em 9/4/1992; e, sobretudo, a Recomendação n.º R(99) 4 sobre os “Princípios relativos à Protecção Jurídica dos Maiores Incapazes”, adoptada pelo Comité de Ministros em 23/02/1999.

Mencione-se ainda a Convenção de Haia, de 3/01/2000, em matéria de protecção internacional dos adultos (a qual, aliás, não vincula por ora o Estado Português).

3. A ratio (fundamental) do instituto – A protecção do incapaz e dos seus interesses constitui o fim precípua da regulamentação legal. É esse, consabidamente, o escopo das denominadas “incapacidades”, onde se incluem ainda a menoridade (e, claro, a inabilitação), aquilo a que os autores franceses expressivamente chamam *incapacités de protection*, por oposição às *incapacités de défiance*. Pode ser que a disciplina legal contemporize com outros interesses, atenda nomeadamente às exigências do tráfico jurídico – por exemplo, instâncias de certeza e segurança que se compaginam mal com uma averiguação casuística da capacidade – ou à posição de quem negocia com o incapaz; no entanto, o seu primeiro objectivo sobreleva ou suplanta todos os demais.

Mais concretamente, é possível distinguir aqui duas vertentes (complementares): pretende-se proteger o sujeito seja perante terceiros, que tencionassem aproveitar-se da sua situação de inferioridade, seja face a si próprio, na medida em que poderia causar prejuízos à sua pessoa, por acção ou omissão.

E a defesa do incapaz realiza-se pela incidência restritiva na capacidade de agir do sujeito – reflectindo-se no valor dos actos jurídicos praticados, que serão em regra anuláveis – e pela instauração da representação legal (ou assistência) – forma de suprimento da incapacidade, que permitirá ao incapaz participar, por meio de outrem (ou com a autorização de outrem), no tráfico jurídico – e, mais genericamente, da tutela (ou da curatela).

Dispõe o art. 130.º que quem se tornar maior (e o mesmo vale, no essencial, para os emancipados, nos termos do art. 133.º) adquire plena capacidade de agir, ficando habilitado a reger a sua pessoa e bens. Ora, a interdição actua, precisamente, no sentido de suprimir tal capacidade, presumida pela lei, em abstracto e *a priori*, nos maiores. De um modo geral, o interdito é equiparado ao menor (art. 139.º; e assim já no Código de Seabra, art. 321.º, seguindo o disposto no Código de Napoleão, art. 509). E, conforme se sabe, os menores carecem, por princípio (art. 123.º), de capacidade para o exercício de direitos (que esta perspectiva ou concepção da lei se mostre desajustada ou desactualizada em face do

reconhecimento presente da necessidade de potenciar a autonomia e iniciativa pessoal do menor constitui, evidentemente, matéria que aqui não pode sequer ser afluada). Moldada sobre a do menor, definida *per relationem*, a incapacidade do interdito tende a ser uma incapacidade geral, abrangendo *in toto* os actos patrimoniais e pessoais. Ademais, ela é insusceptível de variar em função da (in)aptidão concreta do sujeito, a sua amplitude não pode ser fixada pelo juiz, está rigidamente prefigurada na lei (mais dúctil é, inegavelmente, o regime da inabilitação neste ponto). E, tendencialmente, compreende os vários “tipos” de interdição.

Em regra, o meio de suprimento da incapacidade do interdito é a tutela. Esta abrange quer a “cura” da pessoa quer o “governo” dos bens. Os seus termos comparam-se aos do poder paternal. Órgãos da tutela são, além do tutor, o conselho de família e o protutor (devendo levar-se em conta a função própria do tribunal). Note-se que recaindo a tutela no pai ou na mãe estes exercem o poder paternal (art. 144.º). Com a tutela pode eventualmente (não é líquido que assim seja) coexistir a administração de bens. A forma de suprimento consiste sempre na representação (o poder de representação compreende, de um modo geral, o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do incapaz, cfr. art. 1881.º); a nossa lei não conhece a assistência como forma de suprimento da incapacidade do interdito (excepto no caso especial do art. 1708.º).

Adiante voltaremos a alguns destes aspectos que ficam agora apenas enunciados.

Mas queremos já, preliminarmente, determo-nos no “paralelo” estabelecido pelo legislador entre a menoridade e a interdição. Essa assimilação não se pode dizer perfeita, traduzindo sobretudo um expediente prático e cómodo destinado a evitar repetições de aspectos comuns dos respectivos regimes. Aliás, a “menorização” ou “infantilização” do interdito suscitará reservas, mostrando-se muitas vezes contraproducente e obliterante da diferença substancial entre a incapacidade dele e a do menor. Como bem se adverte, o estado deste último é um estado transitório e evolutivo, de maturidade progressiva, a que deve corresponder uma participação autónoma crescente na vida jurídica. Enquanto a interdição supõe, basicamente, um estado “permanente” e “patológico”. Neste fio de observações, percebe-se que a lei imponha expressamente ao tutor o dever específico de cuidar da saúde do interdito (art. 145.º, mas já, também, o art. 1878.º, n.º 1; já o Código de Seabra, no art. 332.º, dispunha que “[o]s rendimentos do interdicto, e até os sus bens, se for necessário, serão, com preferência, aplicados ao melhoramento do seu estado”).

Acrescem algumas dificuldades de adaptação do regime dos menores ao caso dos interditos (um significado limitado assumirá a integração, por via indirecta, do regime da inabilitação através das normas da menoridade). Vejamos apenas as excepções à incapacidade dos interditos (e dos inabilitados, estando para estes instaurada a administração da totalidade

de bens – a hipótese de alcance mais relevante para este efeito) resultantes da possível aplicação do art. 127.º (*ex vi* dos arts. 139.º e 156.º). Não julgamos despidendo o campo de aplicação do art. 127.º, sobretudo das suas als. a) e b), no âmbito da interdição (e, menos amplo embora, da inabilitação). Por essa via poderá assegurar-se ao incapaz uma imprescindível “contratualidade mínima” no seu quotidiano ou vida corrente, um “mínimo de contacto relacional” e de “realização pessoal pelo trabalho” compatível com a sua capacidade natural e a sua situação pessoal e patrimonial. Casos haverá em que o campo de actuação acessível ao interdito estará muito limitado. Como outros ocorrerão em que será bem mais dilatado (assim, tendencialmente, nos casos de surdez-mudez ou cegueira). Contudo, não se deverá chegar, por esta via, a admitir que o interdito pratique, de uma maneira geral, todos os actos de administração ordinária, pois então impor-se-ia provavelmente a inabilitação em vez da interdição. Evidentemente que o art. 127.º, previsto para os menores, carece de ser adaptado aos interditos (e aos inabilitados). Importará, entre outros factores, ponderar o tipo de interdição (e inabilitação) em causa, qual o seu fundamento, e a efectiva capacidade intelectual e volitiva do sujeito. De resto, é o próprio preceito, na al. b) do seu n.º 1, que abre espaço para a consideração dessas circunstâncias, mandando atender, nomeadamente, à capacidade natural do incapaz.

4. Os princípios da taxatividade (legal) dos fundamentos da interdição e da necessidade de um processo judicial – Atendendo a que a interdição colide com a liberdade individual, implicando uma restrição de direitos fundamentais, compreende-se que ela apenas seja viável com um fundamento legal inequívoco (cfr. art. 26.º, n.º 4, CRP). Deste modo, a enumeração das suas causas ou pressupostos contida no art. 138.º (e no art. 152.º) CC, deve considerar-se exaustiva e insusceptível de ser ampliada em via da analogia. Existe, pois, um *numerus clausus* de causas ou fundamentos (a saber: para a interdição, anomalia psíquica, surdez-mudez e cegueira; para a inabilitação, anomalia psíquica, surdez-mudez e cegueira, habitual prodigalidade e abuso de bebidas alcoólicas e estupefacientes). De um *princípio da tipicidade ou taxatividade legal* também se poderá falar a este propósito.

Da mesma maneira se explica que a interdição e a inabilitação suponham sempre um processo judicial (sendo competente o tribunal judicial do local do domicílio do interditante ou inabilitando). Diferentemente da menoridade, que opera “de modo automático” – no sentido de que tal *status* decorre, sem mais, do facto de o sujeito ainda não ter determinada idade –, a mera existência dos requisitos subjectivos e objectivos da interdição ou da inabilitação (*maxime* a ocorrência de deficiências mentais) não basta. É sempre imprescindível uma sentença que verifique os respectivos pressupostos e declare a incapacidade. Sentença a que

se assinala, pois, carácter “constitutivo e necessário”. E que é objecto de registo obrigatório (inscrição no registo civil, por averbamento ao assento de nascimento, cfr. art. 1.º, n.º1, al. h) e art. 69.º, n.º 1, al. i), do Código do Registo Civil).

A *latere*, mencione-se a *vexata quaestio* da natureza do processo de interdição ou inabilitação (discutida sobretudo em Itália, mas em termos que se podem transpor para o nosso direito). No essencial, quanto a apurar do seu carácter contencioso ou voluntário, as diversas orientações podem ser agrupadas, com muita simplificação, em quatro grandes grupos. Uma primeira posição sustenta tratar-se de um processo de jurisdição voluntária, dado não existir uma verdadeira e própria controvérsia ou conflito de interesses (mas, sim, a tutela do interesse fundamental do incapaz), nem, tão-pouco, um direito subjectivo que se pretenda ver reconhecido ou fazer valer. Aduz-se ainda que, no seu âmbito, vale em larga medida o princípio inquisitório. E invoca-se a necessária intervenção do Ministério Público. Uma tese oposta mantém que se está perante um processo de jurisdição contenciosa, baseada na subsistência, em termos gerais, de um litígio sobre o *status* ou a capacidade da pessoa, e nas disposições que prevêm um pedido, uma contestação, a instrução e a decisão sobre o pedido (susceptível de constituir caso julgado). A impugnabilidade da decisão, pelos meios normais, confirmaria tal ideia. Fala-se, por vezes, de um “processo contencioso especial”, com normas próprias atenta a matéria. Um terceiro entendimento defende tratar-se de um processo misto, um *quid medium*, porventura com natureza voluntária na fase preliminar e natureza contenciosa nas fases subsequentes de instrução e decisão. Finalmente, há quem se incline pela natureza voluntária no que tange a essência e os interesses em causa, mas reconheça que o processo reveste formas e garantias contenciosas.

Seja como for, e o debate teórico tem escassa repercussão prática, interessa acentuar a estrutura tipicamente inquisitória do processo, a cuja luz se devem resolver as principais dificuldades interpretativa ou integrativas que possam surgir. Concretamente para o direito português, no actual Código do Processo Civil (doravante CPC), sempre se acentuará que a interdição e a inabilitação figuram entre os “processos especiais”, estremados dos processos de jurisdição voluntária.

Ainda pela razão de entrada indicada – por contenderem com a liberdade e os direitos fundamentais –, a interdição ou a inabilitação só poderão ser decretadas quando, observados os *princípios da necessidade e da proporcionalidade*, se mostrem indispensáveis em vista da protecção do interditando ou inabilitando. Outros interesses, porventura presentes, da família ou da comunidade em geral, terão uma ponderação (totalmente) secundária em vista da proeminência do interesse da pessoa protegida (nessa medida, uma solução como a que no Código de Seabra fazia depender a possibilidade de interdição por prodigalidade da existência de

herdeiros legitimários logo seria de repudiar; mais em geral, pode até duvidar-se da propriedade da previsão da prodigalidade como causa de incapacidade, conforme adiante se desenvolverá).

Por último, o julgador, no seu prudente juízo, apenas deve optar pela medida da interdição quando a inabilitação não se mostre um meio suficiente e adequado para tutelar o incapaz – *princípio do meio menos oneroso*.

5. Os pressupostos da interdição: 1) *Maioridade do sujeito* – Passemos agora ao estudo dos pressupostos (substanciais) da interdição, tema principal deste texto.

Em primeiro lugar, dir-se-á que a interdição se aplica apenas a maiores. Se se tiver presente a ideia de que a interdição representa, de algum modo, a recondução de um maior à menoridade (cfr. art. 139.º), fácil se torna entender que os menores não possam ser interditos. Melhor, isso não teria sentido, pois a sua condição já é essa (a da incapacidade).

Em conformidade, dispõe o n.º 2 do art. 138.º, na sua parte inicial, que as interdições se aplicam a maiores. E nem constitui excepção a tal orientação o facto de, logo de seguida, no mesmo preceito, se prever que a interdição possa ser requerida e decretada no ano anterior à maioridade, pois os efeitos da sentença, como se acrescenta na parte final, protraem-se à altura da maioridade.

Foram razões de conveniência prática que levaram a que se admitisse essa última possibilidade, destinada a evitar um hiato entre a aquisição de capacidade, por virtude da maioridade, e uma eventual interdição. Fala-se aqui de uma interdição *ad cautelam*, a qual parece implicar, em todo o caso, a previsão de que a incapacidade persistirá depois da maioridade (o que, aliás, dificilmente não sucederá).

Quanto ao prazo estabelecido para a propositura da acção – o ano anterior à maioridade –, ele mostrar-se-ia suficiente em quase todas as hipóteses, atendendo a que o juiz teria a faculdade de, na pendência do processo, decretar as providências necessárias, mormente a interdição provisória, para obviar a que o interdicendo sofresse qualquer prejuízo (art. 142.º CC e ainda Art. 953.º CPC). Mas tal eventualidade nem se pode dar. É que, segundo o art. 131.º, o menor não adquire capacidade ao atingir a maioridade e mantém-se o poder paternal ou a tutela, quando esteja pendente em face dele uma acção de interdição (ou de inabilitação). Aqui, a interdição, a ser decretada, funcionará não como uma causa extintiva da capacidade, mas, sim, impeditiva da sua aquisição.

Todavia, a solução consagrada pelo nosso legislador não se mostra muito feliz. Por um lado, era dispensável, como referido. E, sobretudo, cria uma “exótica” categoria (apesar de transitória) de incapazes maiores não interditos nem inabilitados. Acresce que, quando venha

a ser decretada esta última medida, a incapacidade no ínterim referido excede a correspondente à subsequente condição do inabilitado (uma restrição teleológica parece em tais hipóteses impor-se). A solução (preferível?) do Código de Seabra, no seu art. 313.º, consistia em, havendo sentença de interdição ou processo pendente quando adviesse a maioridade, o juiz sobrestar na entrega dos bens (o que restringia o âmbito de tal medida à administração dos bens; e supunha que o menor estivesse sob tutela). Viável seria (como se prevê no *Código Civil* de Macau, onde porém se mantém o poder paternal ou a tutela) simplesmente medir o valor dos actos do entretanto maior de acordo com o disposto no art. 148.º (só sendo anuláveis os actos prejudiciais, a ser decretada a interdição; mantendo-se o poder paternal ou a tutela – não imprescindíveis, dada a existente possibilidade de nomeação de um tutor provisório *ad hoc* –, abre-se, convém notá-lo, a possibilidade de actuações concorrenciais dos representantes e do interdicendo).

Detenhamo-nos na afirmação inicial de que a interdição só se destina a maiores, porquanto careceria de sentido (útil) para um menor. Asserção que deve ser entendida *cum grano salis*, pois assenta num pressuposto que não é, por inteiro, exacto. Com efeito, como é sabido, a incapacidade do menor não coincide, em toda a linha, com a incapacidade do interdito. Esta última é mais ampla (e referimo-nos, no essencial, à interdição por anomalia psíquica). Haja em vista a possibilidade de contrair matrimónio ou de perfilhar, reconhecida aos maiores de dezasseis anos, mas inexistente para os interditos (ou inabilitados) por anomalia psíquica. E nem mesmo no domínio dos actos patrimoniais as duas situações ou estados se equivalem em absoluto. Atente-se a que as excepções à incapacidade dos menores não podem aplicar-se sem adaptações aos interditos (por anomalia psíquica). Pondere-se ainda, noutro domínio, que a presunção de falta de imputabilidade estabelecida no n.º 2 do art. 488.º do Código Civil diz respeito aos menores de sete anos e aos interditos por anomalia psíquica.

Em todo o caso, a lei conhece outros “remédios” – como seja o disposto sobre a incapacidade accidental ou a relevância atribuída à demência notória –, permitindo atalhar a eventuais dificuldades com que se depare a este propósito. Nos trabalhos preparatórios é ainda apresentado, a favor da solução legal de não se prever a interdição de menores, o argumento – não muito convincente – de que, *quod plerumque accidit*, os menores de pouca idade não estariam em condições de se defenderem convenientemente nas acções de interdição.

Notar-se-á, contudo, que pelo menos os emancipados hão-de poder ser interditos. Sendo o emancipado equiparado ao maior, adquirindo, portanto, plena capacidade, justifica-se tal possibilidade. O contrário encerraria mesmo a sua parcela de absurdo, porquanto equivaleria a denegar a protecção necessária ao emancipado (repare-se, de resto, que a anulação, por causa distinta da falta de idade núbil, ou a dissolução do casamento parecem não implicar a

cessação da emancipação). A hipótese está directamente contemplada no art. 414 do *Codice Civile* italiano; e no *Código Civil* de Macau, art. 122.º, n.º 2. E não fará diferença se o menor casou com ou sem o consentimento dos pais; embora no último caso haja, porventura, que coordenar o regime de tutela com a administração de bens instaurada nos termos do art. 1649.º.

Também os inabilitados podem ser interditos se, entretanto, a anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira se agravou, ou, simplesmente, sobreveio uma dessas causas (cfr. art. 947.º, n.º 3, CPC). A interdição visa aqui tornar “total” uma incapacidade que apenas era “parcial” – parcial no duplo sentido de que não afectava a generalidade dos actos e de que não era completa (pois, como se sabe, é o próprio inabilitado a praticar o acto, previamente autorizado pelo assistente).

Semelhantemente, não nos parece descabida a interdição de um interdito, desde que a actual acção tenha um fundamento distinto da anterior (que, de resto, o juiz sempre há-de indicar na sentença). Isto, no caso de uma interdição por anomalia psíquica de um sujeito previamente interdito por surdez-mudez ou cegueira, visto que o primeiro tipo de interdição tem efeitos mais amplos, como veremos de seguida.

6. Cont. II) Incapacidade de reger os bens e a pessoa em razão de anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira. A anomalia psíquica como causa de incapacidade – Em segundo lugar, é necessário para que a interdição proceda mostrar-se o interditando, em razão de anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, incapaz de reger a sua pessoa e bens, conforme refere o art. 138.º.

Há, pois, que distinguir entre dois “tipos” de interdição: com base em anomalia psíquica, por um lado, e em surdez-mudez e cegueira, por outro, tendo estas duas últimas na sua base uma definida enfermidade física. O âmbito da incapacidade derivada de cada uma não é rigorosamente idêntico: é mais amplo no caso de anomalia psíquica. De qualquer maneira, exige-se sempre a inaptidão do interditando para reger a sua pessoa e bens.

Tomemos o primeiro “tipo” de interdição, a qual assume uma relevância particular.

Observar-se-á, antes de mais, que a expressão legislativa “anomalia psíquica”, de conteúdo relativamente indeterminado, foi usada de maneira intencional para compreender qualquer perturbação das faculdades intelectuais ou intelectivas – afectando a inteligência, a percepção ou a memória – ou das faculdades volitivas – atinente quer à formação da vontade quer à sua manifestação. Teve-se aqui em conta, nomeadamente, que há enfermidades e deficiências mentais nas quais o primeiro aspecto permanece suficientemente intacto, mas a componente volitiva surge morbosamente alterada.

A expressão utilizada substituiu as noções de “demência” – incluindo os “mentecaptos” e aqueles que se encontrem num “estado anormal das capacidades mentais” – a que recorria o Código de Seabra (a primeira expressão era também a do *Code Civil* francês) e cuja impropriedade, por demasiadamente restritivas, a doutrina assinalava. Lá fora, por exemplo no *Codice Civile* italiano, fala-se em enfermidade mental, conceito, no essencial, coincidente com o da lei portuguesa.

O nosso legislador prescindiu, por outro lado, de fornecer uma definição do conceito de anomalia psíquica, o que representa, em larga medida, um reenvio às correspondentes noções científicas, médico-psiquiátricas, na sua contínua evolução, permitindo a actualização do respectivo conteúdo.

Ora, neste campo, as grandes classificações ou taxionomias das doenças e deficiências mentais levadas a cabo pela ciência psiquiátrica da segunda metade do séc. XVIII, com base em claras diferenciações fenomenológicas e rígidos parâmetros nosográficos, estão hoje superadas. Desde logo, pela consciência da indefinição ou flutuação das fronteiras entre o patológico e o saudável, entre a doença e a saúde mental. Depois, porque as impostações recentes tendem a avaliar e a identificar a enfermidade ou distúrbio psíquico em termos de sofrimento singular e irrepetível, com génese multicausal, plurideterminadas, em que concorrem factores de ordem biológica, psicológica-individual, inter-relacional ou socio-genética. Ao que se juntará a noção de que os elementos da personalidade e da experiência ou história individual assumem um papel fulcral, incluindo-se aqui a própria auto-conscencialização e a reacção do doente à afecção mental e aos seus efeitos. Sendo a possibilidade de amplas variações no decurso do tempo também um dado adquirido.

Não levou tudo isto, nem tão-pouco a “grande pluralidade de modelos e de métodos” no domínio da psicopatologia, a que se prescindisse de uma tipologia ou categorização das perturbações mentais, insubstituível, desde logo, para o seu estudo e diagnóstico. Cujos mais conhecidos e autorizados exemplos, conquanto numa perspectiva epidemiológica, se encontram na *Classificação Internacional das Doenças (ICD)*, publicada pela OMS, que passou a conter uma secção dedicada às perturbações mentais a partir da sexta edição, e no *Manual de Diagnóstico e Estatística das Doenças Mentais (DSM)*, agora na quarta versão – o DSM-IV (na introdução aborda-se, aliás, o tema da sua utilização e limitações em questões forenses).

Conduziu, porém, a relativizar o valor e a utilidade de tais tipologias sobretudo do ponto de vista da compreensão da doença, do tratamento e cura individual. Levou a que não se visse em cada categoria de doença “uma entidade completamente distinta, com fronteiras absolutas”. A que não se pressupusesse tão-pouco serem as suas manifestações, em cada doente, semelhantes (em todos os caracteres importantes).

A ponto de se poder afirmar que não existe, hoje em dia, um conceito unívoco, analítica e restritamente definido, de “doença ou deficiência mental”, mas sim uma série indefinida e largamente variável de distúrbios psíquicos, com incidências diversas, mais ou menos profundas, na personalidade e liberdade da pessoa em causa. No DSM-IV, por exemplo, estão recenseados centenas de distúrbios mentais. E muitos estão descritos como síndromes, ou seja, por um conjunto de sinais ou sintomas sem necessariamente a mesma causa, indiciando apenas um determinado estado patológico.

Daí, e desde logo, não se poder considerar pressuposto da interdição a presença de uma exactamente determinada enfermidade ou deficiência, de características patológicas inteiramente definidas. Importa, sobretudo, a ocorrência de uma perturbação ou desarranjo das faculdades que dê lugar a uma incapacidade de o sujeito prover aos seus interesses. Isto não significa que, na constatação da afecção ou deficiência mental e na avaliação da sua gravidade e tendencial continuidade, o julgador não se oriente pelas tipologias médicas, nelas procurando integrar o caso em apreço. Auxílio ou arrimo necessário; mas não suficiente ou substitutivo de uma completa valoração jurídica por parte do juiz – *peritus peritorum* (que tal tarefa seja especialmente melindrosa e requeira um “diálogo” exigente, para o qual nem sempre os juristas estão preparados, não se negará).

Decorre ainda da ideia anterior a necessidade de proceder a uma inversão da perspectiva de análise tradicional, que partia da constatação e valoração da causa ou origem (da incapacidade) para a inidoneidade de prover aos interesses pessoais, inferida esta da primeira. A prioridade acaba por tê-la antes este último aspecto ou pressuposto: conquanto imprescindível, a anomalia psíquica não releva, afinal, em si mesma mas antes enquanto causa da inaptidão. A incapacidade ou impossibilidade para governar a própria pessoa e bens aparece como a medida da relevância da anomalia ou deficiência psíquica.

Mas, certamente, não se deve omitir exigir uma correcta interpretação da lei que o julgador estabeleça um nexos etiológico entre a anomalia psíquica e a incapacidade: esta há-de resultar daquela, ter nela a sua origem. Isso deriva já do carácter taxativo dos fundamentos da interdição: a situação de incapacidade pode provir de outras causas que não um estado patológico, causas não relevantes para efeito da declaração de interdição.

Devem, pois, discriminar-se três momentos: a verificação da incapacidade, a constatação da anomalia psíquica e o estabelecimento de uma relação de causalidade. Claro que não se pretende que estes aspectos sejam absolutamente independentes, não interfiram entre si: a incapacidade surgirá como sintoma que permite discernir e discriminar a doença; a identificação desta última permite captar ou identificar as inaptidões ou insuficiências; a gravidade de uma fará supor a gravidade da outra; e o nexos etiológico presumir-se-á muitas

vezes. Mas isso não invalida a ideia fundamental: não ser lícito confundir tais momentos ou deduzir, simplesmente, um dos outros; deverem eles ser mantidos distintos quanto seja possível.

No fio de ideias que vimos desenvolvendo, insiste-se no carácter duplamente concreto que reveste o processo de interdição. Por um lado, a correlação entre o distúrbio psíquico e a (in)capacidade há-de ser averiguada em termos estritamente individuais, assim como individual se mostra a doença e o seu diagnóstico. Por outro, a valoração do distúrbio e da sua incidência na vida do interditando deve ir referida à “qualidade” e “extensão” dos seus interesses e à necessidade de a eles prover. Ponderar-se-á, designadamente, a sua personalidade, a condição social e a importância dos assuntos de distinta índole (patrimonial ou não) cuja gestão lhe pertença. E nem nisto se conterà uma violação do princípio da igualdade, enquanto a perspectiva do julgador há-de ser exclusivamente a do interesse e da protecção do incapaz.

Não é, obviamente, a constatação de uma qualquer incapacidade, em grau atenuado, que justifica a interdição (ou a inabilitação). Tem, antes, de estar em jogo um deterioramento das faculdades anormal e relevante, contendendo com aspectos essenciais da personalidade e do relacionamento. Tem de se tratar de um grau elevado de incapacidade (manifestação de uma doença ou deficiência grave – ocorre aqui recordar que, de um ponto de vista médico, não transponível todavia directamente para o campo jurídico, o DSM está estruturado na classificação das deficiências mentais em quatro graus de gravidade, segundo o QI do sujeito: deficiência mental ligeira, moderada, grave e profunda). E o termo de comparação será aquilo que se espera de um adulto normal, perante circunstâncias e condições semelhantes.

Embora seja quase impossível definir um critério geral, talvez se possa formular a seguinte ideia: o grau de incapacidade tem de ser de tal ordem, afectando a personalidade e as condições existenciais, que esteja comprometida a possibilidade de livre determinação (de desenvolvimento da personalidade) e de manutenção da vida social (normal) da pessoa em causa. A qual “não é mais senhora do seu próprio destino”. A qual não está em condições de tomar decisões livres e racionais ou pelo menos de as exprimir e executar. Sendo, pois, indesejável e irresponsável deixá-la conduzir a própria vida, continuando a reconhecer-lhe capacidade jurídica.

No concernente ao âmbito dos aspectos e interesses a considerar pelo juiz para formular esse juízo, incluir-se-á aí não apenas a vertente patrimonial, mas também a vertente pessoal, conforme a própria fórmula legislativa – “incapaz de governar *a pessoa e bens*” [itálico nosso] – traduz de modo claro. Na verdade, este entendimento é o único que corresponde à *ratio* do instituto, que visa tutelar a pessoa, quer sob o ponto de vista económico-patrimonial, quer no aspecto físico-moral. A corroborá-lo está o âmbito da tutela do interdito, de amplitude

comparável ao próprio poder paternal (algo menos amplo). De resto, interessarão para o efeito todos os aspectos da vida de relação e pessoal, desde que possam assumir expressão jurídico-social. Pertencem aqui, como é notado, o cumprimento dos deveres familiares, profissionais e sociais ou públicos. Mas também a capacidade para fazer valer ou fazer respeitar os seus direitos. Em suma, está em jogo todo o complexo da actividade humana desenvolvida em regra por um adulto que revista, minimamente, relevância.

São várias as consequências práticas deste ponto de vista. Assim, por exemplo, o juiz deverá atender à possibilidade de menoscabo da integridade da pessoa em consequência da alteração mental – haja em vista um eventual consentimento do incapaz à violação de direitos seus de personalidade. Até não será de excluir ser a interdição declarada ainda que os interesses patrimoniais estejam convenientemente geridos ou administrados (por exemplo por um procurador nomeado atempadamente, situação onde, de resto, sempre se porá a questão do controlo deste – a regulamentação, à semelhança do que já sucede noutros países, de uma “procuração para o caso de sobrevir a incapacidade”, “mandato para protecção futura”, corresponde de resto a uma das alterações mais prementes da nossa lei; paralelamente, importará conceder expressa e maior relevância à vontade, anteriormente manifestada, do sujeito incapaz quanto à pessoa do tutor ou curador). E, ao invés, uma má ou inadequada administração ou gestão do património, assim como o desinteresse da pessoa em prover aos seus bens, não constituirão, *per se*, causa de interdição (e nem mesmo de inabilitação). Pode é acontecer representar tal atitude um sintoma de anomalia psíquica capaz de afectar mais amplamente o sujeito e os seus interesses.

Para além disso, a incapacidade para se reger deverá abarcar, como será regra, a generalidade dos assuntos (pessoais ou patrimoniais) da vida corrente do sujeito, em vários deles interferindo ou podendo interferir a perturbação mental de que é portador. Quando aconteça que a incapacidade se circunscreva a bem determinados e específicos círculos ou domínios, nos quais, exclusivamente, a anomalia se revele, a interdição não deverá ter lugar (inexistindo no nosso sistema a possibilidade de interdições parciais; sente-se aqui a falta da consagração legal de determinados actos de administração cuja prática, livre ou acompanhada, o juiz possa cometer ao interdito). Em sua vez, poderá ocorrer a inabilitação, em cuja sentença ficarão especificados, nos termos do art. 153.º, certos actos, para além dos de disposição, sujeitos à autorização do curador. Mas mesmo a inabilitação pode não se mostrar, nestas hipóteses, uma medida totalmente apropriada, se se atender a que a generalidade dos actos de disposição estão vedados ao incapaz, e que, para os demais, se trata apenas de uma tutela “integrativa” e não “substitutiva”, portanto inapta a superar a inacção ou inércia do incapaz (ressalvada, porém, a este último propósito, a possibilidade prevista no art. 154.º,

n.º 1, de ser transferida para o curador a administração da totalidade ou de parte dos bens do inabilitado). Basta pensar em situações onde o inabilitado recusa ir receber a sua pensão de invalidez ou velhice ou em que não paga as suas contas de água ou luz.

7. Cont. III) Caracteres da anomalia psíquica: A) Gravidade – Em terceiro lugar, é pressuposto da interdição que o distúrbio mental revista determinados caracteres que, com base na lei, a doutrina e a jurisprudência têm elaborado. Passamos a discriminá-los.

Antes de mais, terá de verificar-se uma alteração ou distúrbio *grave*. Tal requisito acaba por subsumir-se na ideia exposta de que a anomalia *ad interdicendum* deverá ser de tal ordem que conduza à incapacidade para reger a pessoa e bens, isto é, há-de revelar-se incapacitante. Infere-se, portanto, da exigência nesse sentido contida no n.º 1 do art. 138.º (cfr., ainda, art. 954.º CPC). E resulta também do confronto com as causas de inabilitação. Com efeito, no art. 152.º estabelece-se que podem ser inabilitados os indivíduos cuja anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira “não seja de tal modo *grave* que justifique a interdição” [itálico nosso].

Aliás, diga-se já, a opção por uma ou outra das medidas é independente de qual tenha sido pedida no processo, como decorre do art. 954.º, n.º 1, CPC (a solução de se permitir ao juiz decretar *ex officio* a interdição quando apenas estava pedida a inabilitação não era líquida no âmbito da lei processual anterior – como não o era a possibilidade de pedidos em alternativa paritética ou subordinada – e difere da solução ainda em vigor no direito italiano).

Todavia, a nossa lei não fixa, e seria essa uma tarefa improfícua, o grau de intensidade que justificará a opção pela declaração de interdição ou de inabilitação, limitando-se a qualificar a intensidade da alteração psíquica. Do ponto de vista do intérprete, a concretização do critério diferenciador deverá partir das diferentes consequências ou efeitos que os dois regimes se destinam a produzir (funcionalmente) sobre a capacidade dos sujeitos, isto é, dito doutro modo, do tipo de protecção que cada um assegura. Procedimento coonestável do ponto de vista metodológico, mas que envolve uma apreciável margem de discricionariedade concedida ao aplicador. Por isso, a necessidade de uma indagação e uma motivação mais cuidadosas da parte deste. Na verdade, não se trata de nenhuma especificidade do ponto em apreço, mas antes de um aspecto recorrente no tema que nos ocupa.

Concretamente, inquirir-se-á se a enfermidade psíquica coloca o indivíduo num estado de incapacidade parcial ou total, se o indivíduo mantém, por princípio, a idoneidade para administrar o seu património, tornando apenas necessário um controle sobre os actos de maior relevo económico, ou carece genericamente de tal aptidão. Em suma, até que ponto vai a sua incapacidade.

De qualquer forma, a enfermidade subjacente à declaração de interdição não carece de se traduzir numa total desordem intelectual, num estado de absoluta imbecilidade ou demência, numa total inadequação às exigências da vida de relação. Como não é imprescindível, conforme se disse, que se trate de uma doença que revele os caracteres de uma bem definida patologia. Decisivo também não será o carácter congénito (como acontece na idiotia) ou adquirido (como na loucura), muito embora tal factor possa ser sopesado, atendendo a que, em regra, as deficiências do primeiro tipo se revelam mais profundas ou extensas.

A questão, para nos servirmos das palavras de outros, não é, pois, de natureza mas de grau. Necessário é, positivamente, uma qualquer patologia psíquica que não permita ao interdicionado, de um modo tendencialmente total, isto é, não circunscrito aos actos de maior relevo, prover aos seus próprios interesses.

Vejamos agora de que maneira a doutrina e sobretudo a jurisprudência (por cá, mas também lá fora) têm procurado aplicar tais critérios.

Já se decidiu, por exemplo, que deveria ser interdito o indivíduo incapaz de juízo crítico, em que se encontrem ausentes aquele conjunto de aptidões necessárias para levar a cabo, sem assistência ou ajuda, os actos ordinários da vida civil normal. Noutra decisão entendeu-se inabilitar uma pessoa oligofrénica em grau módico, sujeita a frequentes ataques de epilepsia. Porém, de um modo geral, ver-se-á como pouco apropriada a inabilitação e, por maioria de razão a interdição de sujeitos epilépticos. Quer por faltar, pelo menos nalguns casos, como à frente se dirá, o requisito da habitualidade – trata-se de uma síndrome intermitente, resultado da reacção a determinados estímulos. Quer por inutilidade da medida – o sujeito durante a crise é absolutamente incapaz de uma hipotética actividade negocial (só existindo tal perigo, mas em grau diminuto, na fase subsequente de torpor em que caí o doente).

Entende-se ainda que as chamadas ideias fixas (por exemplo a megalomania ou a mania da perseguição) não justificam, em princípio, a interdição. De resto, por via de regra, estas só se manifestam em certos domínios da vida do sujeito. Tão-pouco a anorexia nervosa ou a bulimia nervosa, salvo quando associadas a outros transtornos mentais, são consideradas, comumente, causa de incapacitação.

Procurando pontos de apoio para concretizar o grau de intensidade da alteração psíquica requerido, algumas decisões dos tribunais deixam perceber que a gravidade do distúrbio que a interdição supõe é equivalente (não menor), ressalvada a diferente origem e duração, ao que está na base da anulação com fundamento na incapacidade acidental, na falta de aptidão natural para entender ou querer o negócio, nos termos do art. 257.º (assim, a interdição, ao fixar, sempre que possível, a data do começo da incapacidade – art. 954.º CPC –, poderá, sendo esta anterior a um acto praticado antes da propositura da acção, servir como

presunção, ilidível embora, da incapacidade de querer ou entender que tornará aquele anulável; o ponto assume também relevância para efeito da incapacidade accidental em matéria de disposições testamentárias anteriores). Não deixa também de ser frisado que o art. 488.º, no seu n.º 2, equipara, ao estabelecer uma presunção de inimputabilidade para ambos, os menores de 7 anos aos interditos por anomalia psíquica. No entanto, na nossa opinião, o contexto particular de tais disposições não consentirá uma extrapolação realmente conclusiva.

Surge, doutra banda, a observação de que a declaração de inimputabilidade penal em razão de anomalia psíquica supõe, por princípio, uma anomalia bem mais grave que a necessária à declaração de interdição, não podendo esta última servir de base à aplicação do art. 20.º do Código Penal. Contudo, o juízo penal de inimputabilidade ou imputabilidade reduzida também não precludirá a avaliação da incapacidade em sede civil: trata-se de valorações levadas a cabo em domínios diferentes; ademais, sempre haverá que provar a actualidade e a habitualidade do distúrbio no procedimento de interdição.

8. (Cont.) B) Actualidade – De facto, a anomalia psíquica enquanto causa de interdição deverá ainda ser *actual*, portanto, existir no momento em que se desenvolve o processo de interdição.

O requisito da actualidade ou contextualidade do estado de perturbação mental (e da incapacidade) encontra apoio na própria lei. Primeiro, num argumento literal: o art. 138.º refere “*todos aqueles que por anomalia psíquica [...] se mostrem incapazes*” [itálico nosso], o que permite subentender ter a anomalia psíquica causadora da incapacidade de subsistir, estar operante, no momento da declaração de interdição. Em segundo lugar, no art. 151.º, enquanto aí se conxiona o levantamento da interdição com a cessação da sua causa; por último, também a estrutura do processo tende a confirmar tal ideia.

Nestes termos, o processo de interdição não pode basear-se somente numa precedente incapacidade ou distúrbio mental (ainda que tenha acarretado o internamento do interditando para cura psiquiátrica). Tão-pouco num anterior exame médico diagnosticando uma doença psíquica habitual e contínua.

Correspondentemente, a previsão de uma doença e incapacidade futura ou do agravamento da já existente não justificam, *tout court*, uma interdição (quando aquela se manifeste sempre poderá ser intentada uma acção de interdição; até lá, se tanto, haverá lugar a uma inabilitação). Todavia, se não se mostra viável uma interdição baseada somente no receio (mesmo que justificado) de doença e incapacidade futura ou seu agravamento, não é de exigir que já tenham ocorrido concretos e relevantes prejuízos para o interditando, por força da sua incapacidade.

Em conclusão, decisivo é o estado psíquico actual do sujeito, aferido no momento presente. Não suficiente é a prova do estado de distúrbio mental anterior e de uma incapacidade pretérita. Insuficiente é, igualmente, a previsão da sua ocorrência ou agravamento futuro.

De resto, no limite, a prova do distúrbio mental anterior nem sequer é determinante: a inexistência de actos anteriores prejudiciais e de um estado (prolongado) de doença não implica a improcedência da acção de interdição, desde que fique suficientemente provada a actual inaptidão do interditando e se constate um perigo igualmente actual para os seus interesses, deduzido, é óbvio, da sua condição morbosa.

Tudo isto não invalida que os factos passados sirvam ao juiz para firmar a sua convicção sobre a actual condição do interditando e a necessidade de ele ser declarado interdito. A apreciação da conduta anterior, sob este ponto de vista, revelar-se-á até, grande parte das vezes, imprescindível para a formação de um juízo seguro.

Quanto à eventualidade de a doença mental cessar ou atenuar-se no decurso do processo, defendemos que o juiz deve ter em conta, no âmbito da sua prudente apreciação, os factos ou alterações verificados durante o processo até à data de encerramento da discussão e à passagem em decisão desta última.

9. (Cont.) C) *Habitualidade* – Por último, como também já se aludiu, constitui ainda característica necessária da anomalia psíquica, que possa servir de fundamento à interdição, a sua *habitualidade* ou *permanência*.

O nosso Código não faz directa menção a tal requisito a propósito da interdição, diferentemente, por exemplo, do art. 414 do *Codice Civile*. Todavia, no art. 152.º, acerca da inabilitação, refere-se o “carácter permanente” da alteração mental ou física; e no art. 257.º, por contraposição, fala-se em incapacidade accidental. Talvez fosse preferível falar em anomalia psíquica *duradoura* ou *persistente* (como o faz a actual lei espanhola). Sobretudo, a ideia de permanência faz pensar em continuidade ou ininterrupção, o que, como veremos, não se exige.

Seja como for, pretende-se exprimir com tal condição que, independentemente do seu carácter e da sua gravidade, o distúrbio ou alteração mental não deverá ser meramente episódico ou passageiro (como acontece nos traumas após um acidente ou após um parto; ou mesmo num “acesso agudo” de melancolia). Para que se possa falar de habitualidade, as condições mentais do sujeito devem estar perduravelmente alteradas ou afectadas, não sendo previsível a sua normalização pelo menos num prazo determinado de tempo (a determinação mínima deste pode ser tarefa bem difícil mas de que não se pode isentar o juiz,

convenientemente assistido). Simples revelações confinadas temporalmente de desequilíbrio ou alteração mental, mesmo recorrentes, não darão causa a uma interdição. Sendo para esta indispensável que a frequência com que se manifestam tais episódios reveladores da doença permita afirmar que ela se “instalou” na personalidade do sujeito, se tornou um *habitus* (predisposição contínua) do sujeito.

De algum modo, a exigência da “habitualidade” absorve ou consome mesmo a da “actualidade”, que atrás se referiu. Com efeito, uma anomalia que não se revelasse durante o desenvolvimento do processo de interdição dificilmente se poderia dizer habitual.

Manifesto é que a interdição (e, do mesmo modo, a inabilitação), com os efeitos gravosos e duradouros que lhe estão associados, não constitui uma medida adequada nas hipóteses de distúrbios ocasionais. Não se visa, pois, uma protecção ocasional do paciente, para a qual existem alguns mecanismos adrede pensados (incapacidade acidental, relevância da demência notória). Porém, tratando-se não de puros episódios, mas, em todo o caso, de estados provisórios, não se encontra no nosso sistema uma medida vocacionada para suprir tais “incapacidades”, que assegure, nessa hipótese, a necessária assistência ao sujeito afectado. Evidencia-se aqui uma verdadeira falha, pois o regime da incapacidade acidental, estabelecido no art. 257.º, apenas perfaz a função de “instância sindicante” dos actos realizados pelo incapaz.

Constatar-se uma enfermidade duradoura não significa, contudo, que sobrevenha um estado psíquico desordenado sem soluções de continuidade: como se sabe, e assim dispunha expressamente o *Code Civil* (art. 489), a ocorrência de intervalos lúcidos não é considerada obstáculo à interdição. Os transtornos bipolares (ditas psicoses maníaco-depressivas), por exemplo, permitem períodos de compensação ou lucidez.

Situações existem, intermédias entre as descritas, que levantam bastantes dificuldades quanto à sua valoração. Trata-se, no essencial, de certas síndromes intervaladas de recorrentes e significativos períodos de reintegração psíquica. Caberão aqui algumas (contadas) manifestações maníaco-depressivas e, especialmente, os casos de epilepsia psico-motora, (os quais podem, todavia, evoluir para a demência epiléptica ou para o instaurar no sujeito de uma personalidade epiléptica ou epileptiforme – sobre a qual, porém, existe alguma controvérsia; veja-se ainda a ressalva que anteriormente fizemos). Ou, para uma eventual inabilitação, certos casos de dipsomania. Impõe-se ao julgador uma indagação particularmente especiosa dirigida a apurar da necessidade (prática) da interdição (ou da inabilitação) à luz dos interesses do sujeito afectado. A duração e frequência das crises terão de orientá-lo nessa tarefa.

Habitualidade não é também sinónimo de irreversibilidade ou do carácter incurável da alteração, da doença. Por si só, a possibilidade de reversão não obstará a que se decrete a interdição; de resto, a interdição pode ser levantada a todo o tempo, cessando ou atenuando-se a causa que a determinou. Não haverá, todavia, que prescindir de um prognóstico da duração mais ou menos longa do estado de incapacidade e da sua causa.

Aqui, e mais uma vez, os critérios da necessidade e da adequação e uma equilibrada ponderação das circunstâncias do caso deverão reger a decisão proferida. Muitas vezes, poderá aventar-se a observância de “um tempo prudencial” ou, se se quiser, um “período de carência”, para conhecer a evolução da doença ou o alcance das sequelas do incidente (pense-se num acidente cerebral, vascular ou traumático) e aquilatar das possibilidades de recuperação. Também a labilidade da doença mental pode recomendar que se aguarde a sua evolução. Nestes casos, o juiz tenderá (terá a tentação) a instaurar uma interdição ou inabilitação provisória e “aguardar” pela evolução (de expediente semelhante serviam-se, antes da reforma do direito dos incapazes, os tribunais alemães).

Ao invés, noutros casos – sobretudo nas doenças degenerativas, como a doença de Parkinson (melhor, os sintomas mentais a ela associados), a doença de Alzheimer ou a demência senil, mas também perante lesões cerebrais muito sérias –, constatando-se a incapacidade do sujeito num determinado momento, pode concluir-se com segurança pela sua persistência no futuro, dado o carácter insubstancial das recuperações possíveis.

Com o desenvolvimento dos meios ao dispor da ciência médica avulta hoje o problema de saber se se deve proceder à interdição ou inabilitação de doentes mentais que, por acção de tratamento psicofarmacológico, consigam um mínimo equilíbrio psíquico. É, porém, óbvio que só perante o caso concreto, na sua complexidade, à luz de múltiplos factores, como sejam a forma do distúrbio, a duração do tratamento, a intensidade deste e das drogas utilizadas, se poderá dar uma resposta minimamente satisfatória à questão. Conforme aparece alvitado na doutrina estrangeira, uma primeira, mas muito útil, indicação colher-se-á no facto de a melhoria do estado do paciente se estabilizar durante a mera terapia de manutenção e ser possível prolongar esta o tempo julgado necessário.

10. Cont. IV) A surdez-mudez e a cegueira como causas de incapacidade – Falámos até agora apenas da interdição com fundamento em anomalia psíquica. Já ficou, porém, referido que a nossa lei encara igualmente a surdez-mudez e a cegueira, duas deficiências físicas ou funcionais, como causa de interdição. Em larga medida, o que se disse sobre o primeiro “tipo” é, *mutatis mutandis*, aplicável ao este “tipo” de interdição. Não obstante, algumas observações são devidas.

De um modo geral, é susceptível de ser posta em causa a justeza da previsão de um processo de interdição com base em (meras) anomalias físicas. Estas, quando graves e incapacitantes, encontrarão muitas vezes o seu remédio em mecanismos de substituição voluntária do sujeito, mormente através da concessão negocial de poderes representativos.

Por outra banda, muitas deficiências físicas ou orgânicas são hoje superáveis: as modernas técnicas de educação e reabilitação permitem quase sempre ultrapassar ou paliar as limitações a elas associadas. Raros serão as situações em que não se revela realizável a inserção social da pessoa afectada, mesmo quando se trata de deficiências congénitas ou reveladas na infância (curiosa e significativamente, o *Codice Civile*, art. 415, 3, só permite a inabilitação e a interdição dos surdos-mudos e dos cegos de nascença ou desde a primeira infância). A interdição ou a inabilitação podem inclusive revelar-se um obstáculo a tal desiderato.

Normalmente, as deficiências físicas suscitam um problema de assistência ao sujeito afectado, que lhe permita uma participação na vida em sociedade, em paridade com os que o rodeiam; por regra, não se tratará de suprir uma incapacidade intelectual ou volitiva. Também neste aspecto, se patenteia a insuficiência dos instrumentos que a nossa ordem jurídico-civil conhece; contudo, essa lacuna não pode, nem deve, ser colmatada pela interdição (nem mesmo pela inabilitação).

Admitindo embora que, em situações extremas, a interdição ou a inabilitação se mostrem necessárias e adequadas, não é nada claro por que as terá o legislador circunscrito às hipóteses de surdez-mudez e cegueira (nem sequer as mais “flagrantes”), elegendo-as quando há por certo outras deficiências que ocasionam incapacidade mais completa. Basta aqui pensar na afasia, mas sobretudo na agnosia, que dificultam muito, quando não impedem, o contacto com o exterior, e em certos casos de paralisia, paraplegia ou hemiplegia. Só razões “historicamente contingentes” e já superadas, podem explicar a opção da lei. A qual, de resto, provém do Código de 67 e já então era deplorada, afirmando, por exemplo, JOSÉ TAVARES que o sistema legal “[...] é muito incompleto, porque [...] não tem protecção jurídica para as outras incapacidades orgânica”.

Dadas estas reservas, poderia pensar-se que a surdez-mudez e a cegueira só constituiriam, afinal, fundamento de interdição se afectassem as faculdades psíquicas ou, pelo menos, quando associadas a alterações destas. Porém, tal opinião não se coaduna com os dados normativos. Desde logo, a letra do art. 138.º aponta precisamente no sentido oposto, isto é, que a surdez-mudez e a cegueira constituem fundamentos autónomos da interdição. Ademais, o problema foi advertido pelo Autor do anteprojecto sobre as incapacidades (AMÉRICO DE CAMPOS COSTA), após a conclusão da primeira revisão ministerial, não tendo tido eco na redacção definitiva a alteração ao correspondente artigo então proposta.

Mas, o que sobretudo releva, depondo contra o entendimento sugerido acima, é a diferenciação que amiúde, a propósito de actos pessoais, o legislador opera entre os vários tipos de interdição: existem muitos actos vedados aos interditos por anomalia psíquica (e até, sublinhe-se, aos inabilitados com esse fundamento) que são permitidos aos demais interditos.

Obtemperar-se-á que a solução legal não acarreta demasiados inconvenientes pois o juiz no processo de interdição ou inabilitação deverá sempre constatar que a surdez-mudez ou cegueira conduzem ou conduziram a uma incapacidade de reger a pessoa e bens. Haverá, porém, que convir que tal medida terá então um âmbito de aplicação muito restrito, não justificando talvez a conotação discriminatória associada à sua previsão. E, por outro lado, persiste a incoerência de a lei mencionar apenas a surdez-mudez e a cegueira e não outras deficiências físicas.

11. Alusão à capacidade do interdito quanto aos actos ou negócios pessoalíssimos – Tem interesse (também com propósitos críticos) determo-nos um pouco na capacidade do interdito para os negócios ou actos pessoais (pessoalíssimos). Neste contexto quase sempre o legislador prevê adrede a questão da (in)capacidade. E nem sempre de modo inteiramente adequado. De resto, em várias situações, a restrição fixada não parece visar, pelo menos em primeiro plano e exclusivamente, a protecção do incapaz e dos seus interesses; relevam, sim, interesses de outra ordem ou de sujeitos diversos.

Neste domínio, claro, não há lugar para a representação legal, atendendo à natureza do acto a praticar (ver, porém, o disposto quanto à perfilhação, ao cabeça de casal, e à substituição quase pupilar). A incapacidade é insuprível e, correspondentemente, onde se reconheça capacidade para o acto, o interdito (ou inabilitado) é admitido a agir por si mesmo.

Donde tais hipóteses serem, frequentemente, qualificadas de (in)capacidades de gozo. Um enquadramento de que se pode, todavia, duvidar, porquanto está em causa, em geral, a prática de determinado acto e não (directamente) a titularidade de certo tipo de relações. O que se comprova, por exemplo, no facto de um interdito ou um inabilitado por anomalia psíquica poderem estar casados. Pondere-se ainda, permanecendo no mesmo exemplo, que a consequência da celebração do casamento após a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica consiste, tão-só, na anulabilidade.

Importa saber que as incapacidades previstas no âmbito dos actos pessoalíssimos apenas afectam, no dizer da lei, os interditos e inabilitados por anomalia psíquica. O que significa, *a contrario*, possuírem capacidade para tais actos os interditos por surdez-mudez ou cegueira

e os inabilitados por razão distinta da anomalia psíquica, que poderão praticar eles próprios o acto em questão, isto é, sem necessidade de serem representados.

Percorramos de seguida, *à vol d'oiseau*, algumas hipóteses das mais importantes.

No que toca ao casamento, dispõe o art 1601.º, al. b), constituir um impedimento dirimente absoluto a interdição (ou inabilitação) por anomalia psíquica existente à altura da celebração. O que implica o trânsito em julgado da respectiva sentença, conquanto, visto esta por regra fixar a data do começo da incapacidade, se o casamento tiver sido celebrado após essa data, ele possa ser anulado com fundamento em demência notória (mesmo que celebrado durante um intervalo lúcido), cuja prova não será necessária (como se sabe, o requisito da notoriedade entende-se, neste contexto, como significando inequívocidade ou ausência de dúvidas e não propriamente como sinónimo de cognoscibilidade).

O casamento celebrado é anulável nos termos do art. 1631.º, al. a), pelas pessoas legitimadas para o efeito segundo o art. 1639.º, nos prazos do art. 1643.º, n.º 1, al. a). A lei prevê ainda, no art. 1633.º, n.º 1, al. b), a possibilidade de validação (confirmação) pelo próprio nubente uma vez levantada a interdição (ou inabilitação).

Existe, a este propósito (como, aliás, no que se refere à demência notória e à relevância dos intervalos lúcidos), uma diferença assinalável de critério face ao direito canónico (cfr. art. 1095.º do Código de Direito Canónico) que pode levar à recusa de transcrição do casamento católico, conforme está previsto no art. 1657.º, n.º 1, al. e). Conforme se sabe, para esse efeito o impedimento deve ter existido na data da celebração do casamento e persistir na data da transcrição.

Não haverá grande espaço para assinalar uma disparidade de tratamento entre os interditos (ou inabilitados por anomalia psíquica) e os menores com idade núbil, igualmente portadores de anomalia psíquica grave, mas não susceptíveis de serem declarados interditos. Atendendo à relevância atribuída pela nossa lei nesta matéria à demência notória, mesmo nos intervalos lúcidos, o casamento de tais menores será, por regra, inválido.

Mas já a solução adoptada, impedindo o casamento dos interditos (e inabilitados) por anomalia psíquica (ou dos que sofrem de demência notória), não deixa de suscitar perplexidade. É que a solução legal há-de poder manter-se, como indicado, perante os princípios e direitos constitucionais, nomeadamente perante o direito a contrair matrimónio e a constituir família em condições de plena igualdade (cfr. art. 36.º e ainda art. 67.º CRP) e ao direito ao desenvolvimento da personalidade e à capacidade civil (cfr. art. 26.º, n.º 1, CRP). Direitos que são expressão da dignidade humana, considerada inviolável.

Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de contrair matrimónio equivale a negar-lhe um importantíssimo meio de realização e desenvolvimento pessoal. Significa ainda

dificultar-lhe a criação de laços afectivos estáveis e a possibilidade de manifestar os seus sentimentos de modo pleno em face de uma pessoa (de outro sexo). Paralelamente, cerceia-se essa pessoa no plano da sua vida sexual, uma das mais importantes facetas ou extrinsecções da personalidade. E é reconhecido o valor terapêutico da satisfação sexual e sentimental, o que nos reenvia, por sua vez, para o direito à saúde (art. 64.º CRP).

Acresce que a Lei n.º 7/2001, referente às medidas de protecção das uniões de facto, veio (em coerência com o regime do matrimónio) prever, como impeditivo do reconhecimento dos efeitos nela previstos, a circunstância de uma das pessoas em causa sofrer de demência notória ou ser interdito ou inabilitado por anomalia psíquica (cfr. al. b) do art. 2.º).

De resto, no plano extraconjugal, não será muito fácil ao portador de anomalia psíquica manter relações sexuais, quando mais não seja atendendo ao valor dissuasor da eventual qualificação penal do comportamento do parceiro (notar-se-á, no entanto, o progresso aqui registado no actual Código Penal, ao suprimir a referência à vítima como pessoa “portadora de anomalia psíquica” no tipo penal da violação e do abuso sexual e dos actos exibicionistas).

É óbvio que as precedentes considerações não significam a inviabilidade de o legislador ordinário introduzir restrições à capacidade civil e, concretamente, à possibilidade de contrair casamento. Contudo, tais restrições não podem afectar o núcleo essencial dos correspondentes direitos constitucionais e só se justificarão quando reclamadas por outros valores ou direitos (reconhecidos constitucionalmente) e quando não excedam o estritamente necessário (cfr. art. 18.º CRP).

As principais razões aduzidas para justificar a regulamentação legal no aspecto em exame foram, e continuam a ser, razões de ordem eugénica e social: evitar a transmissão de taras hereditárias e a constituição de núcleos familiares instáveis e comprometidos no seu funcionamento pelas anomalias de comportamento derivadas da personalidade alterada dos cônjuges.

A primeira razão afigura-se-nos hoje quase totalmente improcedente. A segunda, porém, terá algum valor: muitas vezes, a gravidade da anomalia psíquica implicará uma parcial ou total inaptidão para assunção das funções e deveres conjugais e familiares. Pesa aqui também o aspecto institucional do casamento (traduzido, precisamente, na protecção que lhe é concedida pelo Estado). E poderá ser que a crescente aceitação (jurídica e social) da “união de facto” permita encontrar alternativa às relações familiares conjugais.

É, porém, oportuno recordar (embora esteja em causa um aspecto diferente – a alteração ou cessação, e não a constituição, de um vínculo pré-existente) que a interdição ou inabilitação de um dos cônjuges por anomalia psíquica posterior à celebração do casamento não constitui, por si só, fundamento para a extinção da relação conjugal por via de uma acção

de divórcio litigiosos ou de separação judicial de pessoas e bens. Nos termos do art. 1781.º, al. c), exige-se que a alteração das faculdades mentais pela sua gravidade comprometa a possibilidade de vida em comum e perdure há mais de três anos (anteriormente à redacção introduzida pela Lei n.º 47/98, requeria-se que a alteração das faculdades mentais, conduzindo à ruptura da vida em comum, perdurasse há mais de seis anos e se mostrasse grave; e ainda, note-se, que não fosse de presumir o agravamento do estado mental do réu, como consequência do divórcio, segundo o art. 1784.º, na redacção do Dec-Lei n.º 486/77, hoje eliminado).

De tudo isto atrevemo-nos a retirar a ideia de que a solução legal de considerar os interditos e sobretudo os inabilitados por anomalia psíquica incapazes de casar é excessiva e, logo, injusta. Excessiva e injusta enquanto não atende à gravidade e às repercussões da alteração mental na possibilidade de assumir uma vida conjugal satisfatória (pelo menos, para a inabilitação haveria que ter encontrado uma solução diferente); e também na medida em que, verosimilmente, a solução preferível passaria pela exigência do consentimento do tutor ou curador ou de uma autorização judicial.

Quanto aos interditos por causa diferente da anomalia psíquica, surge a hesitação de se eles não carecem de consentimento para casarem, como acontece para os menores com mais de 16 anos: arts. 133.º e 1604.º, abrangidos pela remissão genérica do art. 139.º. Entendemos que não, até por causa da sanção específica prevista para essa hipótese no art. 1649.º, e que aqui se mostraria malpropícia – ao incapaz seria retirada a administração de bens que levasse para o casamento e os que lhe adviessem a título gratuito até ao levantamento da interdição.

Quanto à capacidade para a celebração de convenções antenupciais, vale a regra, estabelecida no art. 1708.º, n.º 1, da equiparação à capacidade matrimonial. Quer dizer: os interditos ou inabilitados por outro fundamento que não por anomalia psíquica poderão celebrá-las validamente; todavia, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, é necessário o prévio consentimento do tutor ou do curador. A solução legal aceita-se, mesmo atendendo a que tais pessoas não carecem de autorização para casarem: na verdade, não existe qualquer nexó material (ou de necessidade lógica) entre o reconhecimento legal da capacidade nupcial e a possibilidade de realizar validamente qualquer convenção antenupcial.

A falta de autorização implicará a anulabilidade da convenção antenupcial, nos termos especiais estabelecidos no art. 1709.º. Porém, o vício considera-se sanado se a incapacidade tiver findado antes da celebração do casamento, regime que se compreende com facilidade. No caso de a convenção ser anulada, passará a vigorar o regime da comunhão de adquiridos, de acordo com o disposto no art. 1717.º.

No que toca à promessa de casamento feita por um interdito (ou inabilitado), aplicar-se-ão, no essencial, as regras sobre a capacidade matrimonial. Quem não tem capacidade para casar também não pode realizar uma promessa válida de casamento; e quem pode contrair casamento também pode prometer casar.

Questionável é se a promessa de um interdito ou inabilitado por anomalia psíquica está ferida de nulidade ou é meramente anulável e se os interditos (e inabilitados) com base nouro fundamento carecerão de consentimento do representante ou assistente. À primeira questão, de pouco alcance prático, julgamos que se responderá pela nulidade, não obstante o correspondente casamento ser apenas anulável: as razões que levaram o legislador a considerar, em tal caso, o casamento meramente anulável não se podem transpor para o caso da promessa de casar. A segunda questão deve ser resolvida no sentido da necessidade do consentimento dos pais.

Sendo a promessa inválida, não existirá qualquer dever de indemnizar no caso de rompimento pelo incapaz ou quando este forneça ao outro contraente justo motivo de retractação. Acrescente-se que, em caso algum, será necessária autorização para a quebra da promessa, prevalecendo o carácter pessoal, quer do acto em si, quer do próprio casamento que constitui o objecto da promessa.

Convém, por fim, referir que o interdito por anomalia psíquica (o inabilitado preserva essa possibilidade) não pode intentar uma acção de divórcio; fá-lo-á, em sua vez, o representante legal, ouvido o conselho de família, ou, se o representante for o cônjuge, qualquer parente dos nomeados no art. 1785.º, n.º 1. O divórcio por mútuo consentimento parece estar excluído, por o interdito não ter capacidade para nele assentir.

Passemos à capacidade para perfilhar. Rege esta matéria o art. 1850.º, n.º 1, que julga incapazes os interditos por anomalia psíquica (e os notoriamente dementes). A incapacidade conduz à anulabilidade da perfilhação, cujo regime está estabelecido no art. 1861.º. Os interditos por outro fundamento (e os inabilitados), esclarece o n.º 2, não carecem de autorização para perfilhar.

É, conforme se vê, um regime semelhante ao do casamento, apenas se afastando deste no que toca aos inabilitados por anomalia psíquica, que não podem casar validamente, mas podem perfilhar. Compreende-se que a lei seja menos exigente aqui que no concernente ao casamento: a perfilhação traduz-se num simples acto jurídico, onde a autonomia da vontade é reduzidíssima, tratando-se mesmo, porventura, de um acto devido no interesse alheio (e público).

Mas também neste ponto, até por maioria de razão, fica a dúvida de se a lei não deveria ter ido mais longe no reconhecimento da respectiva capacidade, fazendo relevar apenas a

incapacidade de entender e querer, aferida para o próprio acto e no momento da sua realização. Aliás, será tão-só o discernimento necessário para o acto o que se exige à mãe na declaração de maternidade ou na sua confirmação (ou recusa de confirmação) em processo de averiguação oficiosa, como parece resultar das alterações introduzidas pela Reforma de 77.

Se os interditos por anomalia psíquica não podem perfilhar, deve entender-se, no silêncio da lei, que tão-pouco podem adoptar. Os demais interditos e os inabilitados, supomos, também o não poderão, atenta a inibição do exercício de poder paternal (que impede sobre os inabilitados e interditos por anomalia psíquica) e a inibição de representarem os filhos ou administrarem os seus bens (que recai sobre os demais interditos e inabilitados), de que de seguida trataremos.

Com efeito, a interdição por anomalia psíquica e a inabilitação por semelhante causa acarretam a inibição de pleno direito do exercício do poder paternal, segundo o art. 1913.º, n.º 1, al. b). Os interditos e inabilitados com outro fundamento não podem, simplesmente, representar o filho e administrar os seus bens, de acordo com o n.º 2 do mesmo preceito. A inibição cessa com o levantamento da interdição ou da inabilitação, como esclarece o art. 1914.º.

Os interditos e os inabilitados (excepto os pródigos, cfr., porém, art. 1933.º, n.º 2) não podem, igualmente, ser nomeados tutores (cfr. al. a) do n.º 1 do art. 1933.º). Se a incapacidade for superveniente, é possível a sua remoção das funções, segundo o art. 1948.º, n.º 2. Disposição legal susceptível de causar alguma estranheza: nestas últimas situações, em coerência, a incapacidade deveria acarretar a imediata e automática (de pleno direito) cessação de funções.

Por remissão para o regime da tutela, a lei não permite que os interditos e inabilitados (por outro fundamento que não a prodigalidade) sejam vogais do conselho de família (cfr. art. 1953.º, n.º 1) ou administradores de bens (esta última proibição abrange também os inabilitados por prodigalidade, cfr. art. 1970.º). E também a curadoria de um inabilitado lhes estará vedada (art. 1933.º, *ex vi* dos arts. 156.º e 139.º).

Ao interdito e ao inabilitado estará ainda vedado o exercício pessoal das funções de cabeça de casal, nos termos do art. 2082.º; caso em que serão representados pelo seu representante legal ou curador.

Por fim, quanto à capacidade testamentária, determina o art. 2189.º na sua al. b) serem incapazes de testar os interditos por anomalia psíquica. O testamento realizado por um incapaz é nulo, segundo o art. 2190.º. A capacidade determina-se pela data do testamento (art. 2191.º) e não à morte do *de cuius*. Donde, se realizado por quem foi posteriormente interdito, permanecer válido; e continuar inválido, se o interdito que o realizou entretanto

recupera a sua capacidade (legal). Não fica, evidentemente, perimida na primeira hipótese a relevância da incapacidade acidental (ver o que atrás se disse). Notar-se-á ainda que o interdito por anomalia psíquica não pode revogar um anterior testamento.

Mas como se justifica a norma que nega, em absoluto, aos interditos por anomalia psíquica a possibilidade de testar? Nenhuma das razões susceptíveis de para aqui serem invocadas se mostra inteiramente convincente. Por um lado, inexistente qualquer necessidade de proteger o incapaz, prevenindo um eventual prejuízo para este, visto que o testamento só tem eficácia *post mortem*. Por outro, não há interesses de terceiros a tutelar: a sucessão legítima já satisfaz os deveres de solidariedade familiar. Por fim, as dificuldades de prova da capacidade de entender e querer do interdito no momento da feitura do testamento e as incertezas que daí adviriam não pesam, *in casu*, demasiadamente. A condição de incapacidade (interdição), constituindo embora um indício da inexistência de discernimento e vontade necessários, não arredaria a possibilidade de se provar que o testamento foi feito num intervalo lúcido e é produto de uma vontade livre e esclarecida. E, poder-se-ia mesmo prever uma forma especial de testamento, por exemplo, perante um juiz, para obviar à sua eventual impugnação.

A interdição (de qualquer tipo) obsta ainda à nomeação como testamentário, como disciplina o art. 2320.º. Julgamos que o momento para aferir da capacidade do nomeado é o da abertura da sucessão. A perda posterior da capacidade implicará, na nossa opinião, a caducidade da testamentaria (por aplicação analógica do art. 1174.º).

12. Hipóteses a que não se aplica a interdição – Mencionemos agora algumas situações, ainda não aludidas, que julgamos subtraídas à declaração de interdição.

É opinião comum, na doutrina e na jurisprudência, que não estão sujeitas a tal medida aquelas pessoas cuja incapacidade de prover aos seus interesses e assuntos derive de falta de cultura, inexperiência, ignorância, falta de preparação profissional ou mesmo inaptidão para tal. Assim, já se decidiu que “o facto de o réu não ler, não escrever, nem fazer contas não autoriza o decretamento da interdição ou sequer da inabilitação”.

Tão-pouco “erros frequentes de valoração subjectiva” ou “inteligência rude” constituirão motivo de interdição. Igualmente excluídas estarão aquelas situações em que a vastidão e complexidade dos assuntos entregues a determinada pessoa superam manifestamente as suas possibilidades e qualidades de gestão.

Mais dúvidas suscitarão, porventura, aqueles casos em que se manifeste uma debilidade intelectual e volitiva por força de uma idade avançada.

Em nosso entender, enquanto tais fenómenos sejam apenas o efeito natural da usura da idade, e não conseqüências ligadas a distúrbios psíquicos, um eventual pedido de interdição

será improcedente. De uma anomalia psíquica não se poderá falar aí, pelo menos se as capacidades manifestadas forem consentâneas com a idade. Seria, sob várias perspectivas, um grave e triste equívoco identificar um fenómeno normal e universal como é a senescência ou velhice, implicando certo declínio de determinadas faculdades, com um qualquer distúrbio mental. A pretensa utilidade para os interesses da pessoa e, porventura, da sua família e dos seus parentes, não justifica aqui, como o não justifica noutras situações, que a interdição seja decretada.

Coisa diferente são algumas formas ou manifestações de debilidade senil que tornam o sujeito incapaz de fazer face às elementares exigências da vida, e que revelam, de facto, um desarranjo mental. É, manifestamente, o caso na chamada demência senil e da doença de Alzheimer e a doença de Parkinson. Como pode bem suceder que a idade, e o decaimento físico a ela associado, acentuem uma (prévia) enfermidade mental a ponto de a tornarem suficientemente grave para justificar a interdição.

Discute-se também acerca de saber se deficiências de ordem moral ou ética constituem fundamento de uma eventual interdição. Responder-se-á negativamente à questão posta. Um sujeito “degenerado ou depravado moralmente” (e já a expressão é, porventura, imprópria) não deve considerar-se, sem mais, um doente mental.

Não podemos, pois, aderir à opinião de FERRER CORREIA e EDUARDO CORREIA, quando estes, num estudo muito conhecido sobre o fundamento da interdição por demência no Código de Seabra, consideravam que “a vida viciosa, desregrada, dissoluta constitui sinal certo ou revelação suficiente da incapacidade do indivíduo para se orientar e conduzir”, susceptível, portanto, de acarretar a interdição. Os mesmos Autores atenuavam, contudo, a sua afirmação inicial, referindo, embora em termos não perfeitamente inequívocos, a necessidade de esse modo de condução de vida resultar de uma personalidade anormal ou de disposições e tendências constitucionais psicopáticas, que eliminem justamente a possibilidade de livre determinação.

Nestes termos, se deve também colocar algumas reservas à decisão de um tribunal de primeira instância que admitiu ser causa de interdição “a amoralidade constitucional, unida à megalomania”; para mais, haveria que perguntar se, nas concretas circunstâncias, a inabilitação não constituiria medida suficiente.

Também “desvios das orientações sexuais”, como a pedofilia, o sadomasoquismo, não justificam a incapacitação do sujeito. Menos ainda outras tendências sexuais não susceptíveis de causar perigo ou dano a outras pessoas, mesmo que reprovadas ou olhadas como “anormais” pela sociedade (vale a pena recordar que a masturbação foi encarada ainda

durante o século passado e parte do actual como uma doença ou uma anormalidade; e a homossexualidade como crime).

Considerações paralelas aplicar-se-ão àquelas hipóteses de estados emotivos ou passionais anormais ou certas deficiências da própria afectividade ou sensibilidade. Exigir-se-á, conseqüentemente, que elas sejam expressão de um verdadeiro estado morboso genericamente incapacitante, o que pode acontecer, por exemplo, na paixão amorosa levada até ao extremo do delírio paranóico.

Por outro lado, a falta de diligência ou desinteresse pela gestão dos próprios assuntos, desleixo na cura da própria pessoa (no vestuário, na limpeza, etc.) e, mais em geral, “formas alternativas” de condução de vida, “desvios comportamentais”, atitudes excêntricas ou “comportamentos socialmente indesejáveis” não constituem, nem nunca deverão constituir, fundamento de interdição.

Nem, tão-pouco, de inabilitação, conquanto aqui a previsão da hipótese da habitual prodigalidade possa tocar, perigosamente, tais fronteiras. Imagine-se situações de prodigalidade “motivada ou ideológica”, por “lúcida determinação” ou por “gozo solipsista”. Por exemplo, alguém decide, consciente e livremente, começar a esbanjar todos os seus bens com o plano de ir viver como ermitão andrajoso num local remoto ou tencionado juntar-se a uma comunidade hippie; ou um filantropo despoja-se do seu património; ou alguém oferece tudo o que é seu a uma instituição da caridade, na previsão de ingressar numa “ordem mendicante”; ou, numa “crise de meia-idade”, entrega-se ao desfrute imoderado dos “prazeres da vida”.

Particular cuidado deve, pois, ter o julgador, tanto mais que a (latente) tensão entre os seus padrões ou critérios (a sua “pré-compreensão”, numa certa acepção), mesmo traduzindo as normas morais e sociais comumente aceites, e os do interditando tenderá fortemente a insinuar-se no seu juízo (condicionando-o indevidamente). O juiz tem de resistir – como já alguém disse, embora num sistema que ainda inclui o “mau comportamento” ou a “vida perversa ou depravada” (*inconduite*, na versão em francês do Código Civil Suíço, *lasterhafte Lebenswandel*, na versão em alemão) – à tentação de emprestar uma “coloração moralista” aos pressupostos da interdição ou da inabilitação. A necessária intervenção no processo de peritos médicos, que emitirão parecer sobre o estado do interditando ou inabilitando, deverá constituir uma garantia de que a doença mental permaneça suficientemente distinta do mero desvio social ou moral. Todavia, vale a pena assinalar que, entre nós, na inabilitação por prodigalidade não há lugar à realização do exame pericial, nos termos do art. 949.º CPC, expressão legislativa de uma perspectiva porventura diferente da que se defende aqui.

13. Alusão ao problema da “obrigatoriedade” da declaração de interdição – Dissemos inicialmente que a interdição supõe sempre um processo e a respectiva sentença judicial. Questiona-se, todavia, da obrigatoriedade da decretação da interdição: mais precisamente, pergunta-se se o juiz deve (está obrigado a) emitir a sentença de interdição tendo constatado da existência dos respectivos pressupostos.

Primo conspectu, dir-se-ia que o julgador está vinculado, uma vez proposta regularmente a acção e decorridos os trâmites desta, a pronunciar a interdição se estão apurados os seus pressupostos substanciais. Seria a necessária protecção do incapaz que o reclamaria. E poder-se-ia ainda aduzir o facto de existir um interesse público em que a interdição fosse declarada, o que se revelaria, precisamente, na inclusão do Ministério Público entre os legitimados à propositura da acção.

Temos algumas dúvidas (quanto às premissas e quanto à conclusão). Não nos impressiona tanto a circunstância de o texto da lei depor em sentido contrário – com efeito, no art. 138º lê-se “*podem ser interditos*” [itálico nosso]. Pois, ainda que se queira atribuir um significado particular a tal expressão, ele poderá ser o de que não há qualquer dever de iniciar o processo por parte das pessoas legitimadas; ou o de que, quando muito, o juiz goza de uma ampla discricionariedade de apreciação dos pressupostos, discricionariedade maior ou menor segundo o modo como eles estão configurados.

O que haverá sobretudo a ponderar é a circunstância de, eventualmente, o interesse do incapaz depor no sentido de que a interdição não seja decretada, mesmo verificados os pressupostos tipicizados na lei, por serem, afinal, maiores os inconvenientes que as vantagens daí resultantes para a sua pessoa. Suponha-se o seguinte exemplo, o cônjuge cuida muito de perto do interdico, sendo bastante reduzida as possibilidades dele realizar qualquer acto prejudicial, atendendo também à pouca relevância dos interesses patrimoniais em causa; a acção foi intentada por um outro parente.

Excurso. Elementos de direito comparado. Algumas propostas de reforma do nosso direito

1. Merece a pena dar notícia, muito sucintamente embora, apenas nos pontos que no contexto mais nos importam, algo toscamente, de alguns dados de direito comparado nesta matéria [carecendo de ampliação e actualização, mormente para incluir as recentes modificações à lei francesa e à lei suíça]. Mais propriamente, de certas alterações legais e propostas de revisão [algumas entretanto já plasmadas na lei, como no caso italiano] que noutros ordenamentos tiveram lugar.

Começando, aliás, por lembrar o comum *background* histórico, a matriz do direito romano que a generalidade dos ordenamentos partilha. Contendo, portanto, uma medida similar à *cura furiosi* existente no antigo direito romano (já na Lei das XII Tábuas), prosseguindo objectivos e tendo uma incidência semelhante: proteger os bens pertencentes ao adulto e à família, retirando-lhe a capacidade jurídica e colocando-o, a ele e ao seu património, sob o poder de outra pessoa.

Note-se todavia que, quer a constatação do *furor*, quer a submissão a *potestas* dos parentes, *agnati* ou *gentili*, não requeriam inicialmente, em Roma, um acto de uma autoridade pública; diferentemente do que sucedia com o *prodigus*, cuja incapacidade sempre supôs a *interdictio*. A necessidade de um acto jurídico (de uma autoridade) para a nomeação do curador, no caso de faltar um parente agnato adequado, é pela primeira vez referida por Gaio e mais tarde exigida em termos gerais por Justiniano.

Ao *furiosus* assimilaram-se, desde cedo, os *insani*, designação que compreendia os *mente capti*, os *dementes* ou *fatui* (os critérios usados então para tais distinções, se é que de substanciais distinções se tratava, não estão ainda hoje esclarecidos). No direito pós-clássico, surgiu, ao lado dos demais curadores, o *curator debiliium*, sobretudo para os surdos-mudos e cegos.

2. Ora, tal sistema, aqui muito incipientemente descrito, foi transposto no essencial para as várias ordens jurídicas europeias, cristalizado no Código de Napoleão, tendo permanecido durante séculos sem grandes mutações. E só foi abalado de há algumas décadas a esta parte. No extremo, sobreveio a abolição dos institutos da “interdição” e “inabilitação”, como no caso da Alemanha ou da Áustria, substituídos por um único tipo básico de medida, adaptável na sua configuração ao caso particular e às necessidades da situação. Ou, então, foram inseridos no quadro (agora mais lato e flexível) de outras novas medidas de protecção, como sucedeu na França, Bélgica e Espanha. Em Itália, há muito, vozes de reforma fazem-se ouvir de vários

quadrantes, consubstanciadas em várias propostas de alterações e, por último, num projecto-lei já aprovado na generalidade pelo Senado. Por último, prescindindo de muitos outros exemplos, na Suíça um anteprojecto de Julho de 2003, culminando um longo trabalho preparatório, prepara-se para rever o ZGB (o Código Civil suíço) nos aspectos respeitantes à “protecção do adulto”.

3. Começemos por França. Aí, até à reforma de 1968, as normas referentes ao “estatuto civil dos maiores incapazes” encontravam-se no *Code Civil* e, em parte, na Lei de 30 de Junho de 1883 sobre os “alienados”. A Lei n.º 68-5 de 3 de Janeiro de 1968, posteriormente completada por outros textos legais, veio alterar profundamente esse quadro, de há muito considerado “atávico”, “demasiado rígido” e “em acentuado declínio prático”.

O ponto de partida foi o reconhecimento de que, se as incapacidades visam sempre proteger as pessoas a elas submetidas, os regimes de protecção (mesmo que “organizados”, isto é, não episódicos) não se devem confinar às incapacidades. E a preocupação fundamental do legislador foi dotar o sistema jurídico (e judiciário) de “um sistema não monolítico” comportando uma panóplia de medidas dúcteis, apropriadas aos muito diversos casos em que se faz sentir a necessidade de protecção de um maior. Teve-se em conta, mormente, o facto de as alterações das faculdades de um indivíduo se traduzirem em manifestações de grau, intensidade e duração muito variáveis. Sendo mutável (de pessoa para pessoa) e relativa (segundo os actos em causa, na sua gravidade “económica” e “sociológica”) a “(in)capacidade natural”, flexível teria de ser a “(in)capacidade legal”: flexível nas regras aplicáveis à pessoa protegida; flexível nas sanções para os actos por ela praticados. Em suma, a “incapacidade jurídica” haveria de reflectir o mais fielmente possível a “incapacidade natural”, nesta seria decalcada.

Ênfase foi também colocada na (re-)inserção social da pessoa a proteger e na preservação ou estabilidade do seu “quadro de vida”, considerado um *facteur de guérison* (por exemplo, nos termos do art. 490-2 do *Code Civil*, o alojamento e a mobília devem, na maior medida possível, ser conservadas à disposição da pessoa protegida).

Assim, e no mais importante, a referida lei ocupou-se das medidas (de direito civil) de protecção dos maiores, substituindo todo o Título XI.º do Livro I.º do *Code Civil* (arts. 488 a 514; permanece, doutra banda, o internamento compulsivo previsto no *Code de Santé Publique*, Lei de 27/06/1990).

Preliminarmente, presume-se capacidade a todos os maiores (art. 488, al. 1, *Code Civil*). Enuncia-se depois que são protegidos pela lei todos aqueles que por alteração das suas faculdades estão impossibilitados de prover eles próprios aos seus interesses (art. 488, al. 2).

Contempla-se ainda quem, pela sua prodigalidade, intemperança ou ociosidade, se exponha ao risco de “*tomber dans le besoin*” ou comprometa o cumprimento das suas obrigações familiares (art. 488, al. 3). A lei francesa deixa-se, quanto ao último aspecto, inspirar por uma ideia de solidariedade e de deveres do indivíduo perante a sociedade e a família que causará alguma reserva ou perplexidade, sobretudo na menção que faz aos ociosos.

Os regimes de protecção previstos na lei francesa são três: a *tutelle*, a *curatelle* e a *sauvegarde de justice* (esta última poderá traduzir-se, sem excessivas preocupações de rigor, por “protecção ou amparo” ou à letra “salvaguarda de justiça”). Antes de passarmos à sua análise, frise-se que houve a preocupação de desligar as modalidades do tratamento médico, nomeadamente hospitalar ou no domicílio, do regime de protecção (e reciprocamente, cfr. art. 490-1, als. 1 e 2). Por outro lado, a lei dispõe expressamente que a alteração das faculdades mentais ou corporais há-de ser estabelecida por peritos médicos (art. 490, al. 3; na *sauvegarde de justice*, como se verá, o próprio médico tem a possibilidade de provocar a abertura do regime de protecção).

Vejamos primeiro a tutela. Esta aplicar-se-á (se necessária) aos maiores que, por alteração das suas faculdades mentais – por doença, enfermidade ou declínio (*affaiblissement*) devido à idade – ou alteração das faculdades corporais que impeça a expressão da sua vontade, têm necessidade ser protegidos nos actos da vida civil (cfr. art. 492 que remete para o art. 490). Está especialmente adaptada aos doentes internados (art. L. 329, c., *Code de Santé Publique*). As disposições da tutela aplicam-se ainda quando, no caso de uma condenação penal, sobrevém a “*interdiction légale*”. Na doutrina não deixa de ser constatada com preocupação uma certa (aparente) correlação entre a sujeição à tutela e a condição económica (isto é, a extrema pobreza) dos afectados.

A tutela representa a medida mais ampla ou intensa: o sujeito (maior ou menor emancipado, art. 494, al. 1, *Code Civil*) é aí, de um modo geral, incapaz de agir, “tendo necessidade de ser representado de uma maneira contínua nos actos da vida civil” (art. 492). São grandes as analogias com a tutela do menor, cujas regras se consideram, em parte e com as devidas adaptações, aplicáveis (cfr. art. 495). Implica a perda da generalidade dos direitos cívicos, políticos e civis (incapacidade geral de exercício). Todavia, é possível que o juiz, ao instaurar a tutela ou num julgamento posterior, tempere a incapacidade, enumerando determinados actos, os quais a pessoa poderá, por si, praticar, com ou sem a necessidade de assistência (art. 501).

A tutela comporta diferentes modalidades de organização (cfr. arts. 497 e ss.): tutela propriamente dita (ou “completa”; note-se que a tutela familiar articulada à volta do conselho de família praticamente caiu em desuso), “administração legal sob controlo judiciário”

(representando quase metade dos casos de tutela), tutela *en gérance* (não se confunda a “tutela civil”, de que aqui curámos, com a “tutela nas prestações sociais”, regulada no Código da Segurança Social, medida de natureza diferente que pode, portanto, coexistir com aquela). O regime da tutela é, assim, susceptível de ser adaptado às múltiplas situações e necessidades que surjam na prática.

Por exemplo, o juiz limitar-se-á a indicar um “*gérant de tutelle*”, um *préposé*, pertencente ao pessoal administrativo do estabelecimento onde decorra eventual tratamento, ou um administrador especial, se a “consistência” dos bens a gerir revelar inútil a constituição completa da tutela (cfr. art. 499). Este regime de protecção (expressivamente apelidada “*tutelle croupion*”) dispensa a intervenção da família (não existirá conselho de família) nem de “protutor” (*subrogé tuteur*). E os poderes atribuídos ao “tutor” são muito limitados: ele receberá os proventos ou rendimentos do “incapaz” e utilizá-los-á para sustento e alimentação deste (art. 500). Haja em vista o caso de um idoso vivendo num lar, dispondo apenas de uma pensão modesta. O excedente será depositado numa conta especialmente criada. Existe a obrigação de prestação anual, ou sempre que requerido pelo juiz, de contas ao “escrivão” chefe do tribunal de instância. Pode ainda o juiz autorizar o *gérant* a praticar outros actos em nome do incapaz. Deve todavia notar-se que as regras relativas à administração dos bens no caso da tutela *en gérance* são consideradas pela generalidade da doutrina muito imprecisas. Tal não impediu o seu apreciável sucesso, atribuído à sua simplicidade e facilidade e sobretudo à circunstância de dispensar a difícil constituição da “tutela familiar”.

Em termos gerais, segundo o art. 496, al. 1, a tutela do incapaz será deferida ao cônjuge, a menos que a vida em comum entre ambos tenha cessado. Admite, porém, a lei que o juiz, por outras razões, exclua o cônjuge. Todos os demais tutores são dativos, não se reconhecendo neste domínio a “tutela testamentária” (prevista para os menores). Registe-se ainda a possibilidade de a tutela ser deferida a uma pessoa colectiva (cfr. art. 496, al. 2). Se a tutela permanecer vacante, será atribuída ao Estado. Em todo o caso, a ela não será aberta quando, devendo ser atribuída ao cônjuge, os interesses da pessoa protegida possam ser satisfatoriamente providos por aplicação do regime matrimonial (cfr. art. 498).

Refira-se, por último, a *tutelle d'État*, prevista posteriormente em legislação especial (D. n.º 74-930 de 6/11/1974), que confere ao tutor os poderes de administrador legal debaixo de controlo judicial, não comportando nem “protutor” nem conselho de família. E que ocorrerá quando a pessoa em causa não tem parentes próximos a quem possa ser confiada a administração legal sob controlo judiciário, sendo porém os seus bens demasiado avultados para consentirem uma mera *tutelle en gérance*. O exercício do mandato tutelar será confiado ao *préfet*, que delegará no *directeur départemental de l'action sanitaire et social*, ou a um

notário da circunscrição do tribunal de instância, ou a uma pessoa singular ou colectiva qualificada que figure na lista estabelecida para o efeito pelo Procurador da República para cada circunscrição dos tribunais de instância.

Cabe frisar que a jurisprudência e a doutrina francesa têm repetidamente denunciado a tentação, sobretudo presente nas formas simplificadas, de confinar a tutela à vertente ou expressão patrimonial; ao invés, “a tutela da pessoa é missão de todo o tutor”.

Depois da abertura da tutela (nas suas várias modalidades), a generalidade dos actos praticados pelo incapaz é anulável (*nullité relative*), o que não obsta ao reconhecimento da validade dos actos próprios da vida corrente, por aplicação combinada dos arts. 450 e 495 *Code Civil* (conquanto o ponto não seja pacífico). Ademais, a lei francesa prevê, no art. 503, que os actos anteriores podem ser anulados se a causa que determinou a tutela existia notoriamente à altura da sua conclusão (independentemente, na orientação da doutrina e da jurisprudência, de terem sido realizados num intervalo lúcido). Para o testamento anterior vale, ainda, a regra do art. 504.

Em matéria delitual, assinala-se, o incapaz está submetido às mesmas regras que o maior capaz, possui pois capacidade delitual. De resto, a imputabilidade não é de uma maneira geral requisito da responsabilidade civil no direito francês. Era já há algum tempo essa a orientação firmada na jurisprudência, mas o art. 489-2 veio dizê-lo expressamente. Debatido é o enquadramento dogmático e sistemático da norma. Nomeadamente, coloca-se a questão de saber se se trata de um regime particular de responsabilidade ou de uma obrigação de garantia ou da aplicação de um princípio geral de equidade.

Por sua vez, a curatela representa um regime “édulcoré” em relação à tutela, para a qual, aliás, frequentemente se reenvia. Em rigor, a curatela situa-se numa posição intermédia – um “justo meio-termo” – entre a tutela e a *sauvegarde de justice*. Oscila, como se verá, entre esses dois regimes, consoante, num extremo, o curador assume posição de representante ou, noutro extremo, se prescinde da sua autorização. Aliás, identifica-se aqui uma fraqueza, tendendo a medida de algum modo a dissolver-se (apesar de possuir regras e organização próprias) num daqueles dois termos. Essa seria também a razão do seu magro sucesso, havendo mesmo quem proponha a sua supressão.

Eis os traços mais salientes do seu regime.

Em primeiro lugar, a curatela será instituída naqueles casos em que as alterações mentais ou físicas, nomeadas no art. 490, não estejam presentes em tal grau que justifiquem a tutela (cfr. art. 508). O sujeito em causa pode agir ele próprio (daí a não instauração da tutela) mas tem necessidade de ser aconselhado ou controlado nos actos da vida civil (donde não ser

suficiente a *sauvegarde*). A medida estará especialmente vocacionada, por exemplo, para um doente mental tratado em “meio aberto”.

Podem igualmente dar lugar à curatela a prodigalidade, a intemperança e a ociosidade que exponham, como já mencionado, o sujeito ao risco de “*tomber dans le besoin*” ou comprometam o cumprimento das suas obrigações familiares (cfr. art. 508-1 que remete para a al. 3 do art. 488). Revela-se aqui o campo específico de actuação da tutela. Se as causas são diversas, o resultado é o mesmo: a incapacidade de administrar convenientemente o património. Como atrás se referiu, a legitimidade da intervenção do direito civil em tais hipóteses pode ser posta em causa. De mais a mais, e diferentemente dos outros regimes de protecção, parecem interferir aqui interesses de terceiros, mormente da família.

O sujeito em curatela está afectado por uma incapacidade (apenas) parcial, pois detém, em princípio, capacidade para praticar actos de conservação e de administração e pode realizar os demais – os actos de disposição – com assistência do seu curador. Isto resulta do art. 510, ao remeter para os actos que, sob o regime de tutela, requerem uma autorização do conselho de família e ao referir ainda, como carecendo de autorização, o recebimento e uso de capitais. Na al. 3 do mesmo preceito, prevê-se todavia a eventualidade, a instância do incapaz, de suprimento judicial da autorização negada.

A sanção para a falta da necessária autorização ou do respectivo suprimento é a nulidade relativa (anulabilidade), susceptível de ser arguida (também) pelo próprio incapaz. Outrossim, os tribunais superiores têm entendido, não sem contestação, que a anulação é facultativa para o juiz, o qual poderá manter o acto em atenção ao interesse do incapaz.

Cabe agora acentuar que o tribunal pode modificar, em grande latitude, a extensão da incapacidade, quer reduzindo-a – autorizando o incapaz a praticar determinados actos sem prévio assentimento do curador –, quer alargando-a – exigindo autorização para actos que doutro modo dela não careceriam, nos termos do art. 511. Interrogações suscita a possibilidade de, com base nesta disposição, o juiz impor a necessidade de autorização para actos pessoais do incapaz (instituinto uma espécie de “curatela à pessoa”).

Seja como for, para os actos de natureza pessoal, esteja instaurada a tutela ou a curatela, existe uma série de normas especiais.

Por exemplo, o testamento feito após a abertura da tutela é nulo (art. 504, al. 1.). No caso de curatela, ele é válido desde que expressão de uma vontade livre e consciente (cfr. art. 513).

Já o casamento de um maior submetido a tutela carece do consentimento de um conselho de família especialmente convocado para o efeito, que ouvirá os futuros cônjuges, e que tomará em conta a opinião do médico que acompanha o tratamento do incapaz; alterna-

tivamente, o consentimento pode ser prestado por ambos os pais (art. 506). Para o casamento de um sujeito em curatela requer-se o consentimento do curador ou o seu suprimento judicial (cfr. art. 514).

No concernente à perfilhação, não existe uma disposição expressa, mas, segundo orientação consolidada na doutrina e na jurisprudência, ela é admissível desde que ocorra num intervalo lúcido.

Por outro lado, considera-se que nem a tutela nem a curatela acarretam, só por si, a privação do poder paternal, apesar de impedirem o exercício de um ofício tutelar.

Por fim, refira-se que não é admitido um pedido de divórcio por mútuo consentimento (art. 249-4 – norma que se estende também a *sauvegarde*, à qual de seguida aludiremos).

Inovadora e muito interessante mostra-se a figura da *sauvegarde de justice*. De um modo geral, pode ter lugar em todas as situações descritas no art. 490, que já conhecemos do regime da tutela e da curatela. Só que agora o sujeito não se revelará incapaz de agir por ele próprio, mas necessitará, sim, de protecção (“têm necessidade de serem protegidos nos actos da vida civil”, art. 491). Caem aqui hipóteses bastante heterogéneas. Todas as alterações ou deficiências mentais pouco graves que permitem ao indivíduo um relacionamento social quase normal, mas que o expõem ao risco de ser “explorado” por pessoas sem escrúpulos (estranhos ou pessoas próximas, como por exemplo, o cônjuge em casos de divórcio). Pode pensar-se, eventualmente, nas hipóteses de submissão a tratamento mental “ambulatório” ou em “meio aberto”, de hemiplegia, de surdez-mudez, ou outras do mesmo jaez. A medida mostra-se igualmente adaptada àqueles casos em que, previsivelmente, a alteração das faculdades mentais seja de curta duração (pense-se num estado comatoso ou uma crise nervosa profunda) ou quando urja prover aos interesses do sujeito sem que se possa aguardar uma decisão judicial (que decrete a tutela ou a curatela).

A *sauvegarde de justice* decorrerá ou de uma declaração médica (carecida de registo), tendo então um prazo de “perempção” de dois meses se não ocorrer renovação, ou de uma decisão judicial, a qual carece de renovação volvidos seis meses. A declaração médica é obrigatória se o doente se encontra num hospital psiquiátrico. Facultativa se o doente permanece na sua residência, devendo aliás, neste caso, ser confirmada pelo parecer de um segundo médico. Pode duvidar-se, contudo, da justeza deste sistema que contempla a hipótese de a declaração da *sauvegarde* depender apenas da iniciativa do médico (porventura de clínica geral e, em geral, complacente com os desejos dos familiares). E levantar-se-ão talvez questões de ordem deontológica.

A publicidade da *sauvegarde* é muito discreta, permanecendo esta “clandestina” em relação à generalidade dos terceiros. O Procurador da República apenas a menciona num

“reportório” ou registo especial (art. 1242 *Code de procédure civile*), acessível somente a certas entidades e pessoas.

A *sauvegarde*, acentue-se, não afecta a capacidade de exercício do sujeito protegido (cfr. art. 491-2, al. 1, *Code Civil*), o qual não é representado, nem tão-pouco assistido. Apenas sujeita os seus actos a uma eventual “rescisão” por “lesão” ou “redução”, em caso de “excesso”, nos termos do art. 491-2, al. 2 (quando tais actos não forem “anuláveis”, segundo a disposição geral do art. 489, por perturbação mental no momento da sua prática).

Para efeito da referida acção de “rescisão”, ou de “redução”, o tribunal deverá ponderar a situação económica da pessoa protegida, a boa ou má fé da contraparte e a utilidade ou inutilidade do acto (art. 491-2, al. 3; note-se que nesta matéria não fixa um limite para a desproporção entre as prestações para delimitar a “lesão”, como o faz por exemplo no art. 1674, onde se fala em lesão superior a 7/12).

Note-se, ainda, que a lei francesa contém uma série de disposições visando proteger o sujeito em regime de *sauvegarde* da sua própria inacção. Trata-se aqui de hipóteses onde o interessado não nomeou, antes ou depois da instauração da medida, um mandatário (cfr. art. 491-3). Nesta circunstância, se o mandato foi concedido em consideração do período de *sauvegarde*, não pode mesmo ser revogado pelo mandante sem autorização do juiz. De resto, o juiz pode sempre, ele próprio, revogar um mandato existente.

Inexistindo o mandato, pode dar-se a intervenção espontânea de certas pessoas, aplicando-se então as regras da gestão de negócios (art. 491-4; no âmbito da gestão de negócios vale no direito francês, note-se, a regra da *utiliter coeptum*). Mais, a lei impõe mesmo a certas pessoas (àquelas que podem pedir a abertura da tutela, o director do estabelecimento de tratamento, ou quem hospedar a pessoa doente, cfr. art. 491-4, al. 1) a obrigação, com o correspondente poder, de praticarem “actos conservatórios de que necessite a gestão do património da pessoa”.

Em último termo (cfr. art. 491-5), haverá lugar à designação judicial de um mandatário especial, para efeito da prática de determinado acto ou de uma série de actos da mesma natureza, dentro dos actos de administração ou conservação (que um tutor pode realizar sem o consentimento do conselho de família). Nesse âmbito, o maior protegido perderá a correspondente capacidade (e um mandato anterior incompatível ter-se-á por revogado). Daí considerar-se inadmissível que o juiz nomeie um mandatário geral (com poderes de administração de todo o património) ou um mandatário especial para um acto de disposição.

Subsiste sempre, se necessário, a possibilidade de ser instaurada de ofício a tutela ou a curatela (art. 495-5, 2, *in fine*).

Concluir-se-á que a *sauvegarde* é, no seu regime, extremamente maleável, dado, o seu carácter “organicamente inorganizado”. Porém, é uma medida limitada a situações transitórias (e pouco graves). O recurso, crescente na prática (sobretudo para pessoas idosas), a numerosas e sucessivas renovações tem mesmo sido encarado como uma fraude à lei.

4. Na Áustria, a *Bundesgesetz über die Sachwalterschaft für behinderte Personen (SWG)* de 02/02/1983 (tendo entrado em vigor em 01/07/1984) alterou toda a matéria do *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)* referente à tutela dos incapazes em moldes inovadores e precursores, a ponto de suprimir o instituto da “interdição” (*rectius, volle / beschränkte Entmündigung*), substituindo-o por um novo – a *Sachwalterschaft*.

Tudo isto com marcante parcimónia legislativa (a que vão, porém, associadas algumas lacunas): o novo instituto ocupa só 17 artigos. A lei processual não acompanhou, porém, as alterações substantivas, vigora ainda a Lei sobre a jurisdição voluntária de 9 de Agosto de 1854 (*AussStrG*). A tentativa (só parcialmente conseguida) de ultrapassar esse insatisfatório desfasamento suscitou o surgimento de verdadeiros “usos jurisprudenciais” inovadores, onde se privilegia a celeridade processual e a adequação ao caso concreto.

Deve ainda ser mencionada, neste contexto, a Lei que regula o internamento compulsivo e o “representante” ou “advogado” dos interesses do paciente (o instituto da *Patientenanwaltschaft*), que entrou em vigor em 1991.

A filosofia da reforma empreendida assentou na premissa de que as restrições colocadas à vida social e jurídica de quem sofre de alguma deficiência ou doença mental se devem conter naquilo que é estritamente necessário à sua (concreta) protecção, e, em caso algum, conduzir à sua exclusão (total) da vida de relação, quotidiana. O que não sucedia com a incapacidade derivada da “interdição”, inadaptada à necessidade individual de protecção.

Tentaremos de seguida resumir alguns dos traços mais salientes da nova lei austríaca.

Na sua nova versão, o § 273 I ABGB, dispõe que deve ser nomeado um “mandatário” ou “defensor” (*Sachwalter*) àquele (maior) que, sofrendo de uma doença psíquica ou deficiência mental, não consiga, sem perigo de prejuízo para si próprio, prover a todos ou alguns dos seus assuntos ou interesses (*Angelegenheiten*). Nestes termos, outras causas “tradicionais” de incapacidade, designadamente o abuso de bebidas alcoólicas e a prodigalidade, só relevarão quando associadas a uma psicopatologia. No conjunto de causas não se encontram também as deficiências físicas. No entanto, de algum modo, uma interpretação latitudinária da jurisprudência tem contrariado o carácter restritivo do elenco legal.

Por outro lado, a lei acentua que não será nomeado um *Sachwalter* só em razão da protecção de um terceiro (§ 273 II). E a sua nomeação estará mesmo excluída se já existir a

possibilidade de providenciar, na necessária medida (e aqui exige-se, segundo o melhor entendimento, uma “garantia de continuidade” de tal situação), aos assuntos da pessoa em causa, especialmente através da ajuda prestada no âmbito da própria família, ou por instituições privadas ou públicas que prossigam essa finalidade. O critério (prático) decisivo será o de se o interessado está ainda em condições de nomear um procurador, compreendendo o alcance e significado desse acto.

A intervenção judicial assume, pois, carácter subsidiário, representando uma *ultima ratio*. E só pode resultar da iniciativa do próprio ou de um procedimento oficioso do juiz tutelar (cfr. § 273 I). Terceiros – parentes, médico, instituições de assistência de saúde – só podem “propor” a abertura do processo, não tendo legitimidade para se oporem ou recorrerem das decisões do juiz. Não está sequer previsto o co-envolvimento no processo do Ministério Público.

É sempre necessária a audição pessoal ou interrogatório do interessado durante o processo; se aquele estiver impossibilitado de comparecer perante o juiz, este deslocar-se-á para ouvi-lo (§ 237 AussStrG). Igualmente imprescindível é a perícia médica. Tais imposições legais não deixam de levantar dificuldades práticas (como, por exemplo, se o paciente se encontra em coma).

Durante o processo, pode ser nomeado um *Sachwalter* para efeito de representação processual, sem que isso restrinja a capacidade do interessado (se este nomeia um procurador, logo se extingue o poder daquele). Diferente é a hipótese – muito frequente na prática, dada a morosidade dos processos em causa – de nomeação de um *Sachwalter* provisório para a prática de actos urgentes discriminados no decreto de nomeação: aqui a capacidade é restringida na mesma medida em que isso acontece com a nomeação de um *Sachwalter* definitivo (ver adiante).

Uma das novidades mais relevantes da reforma, será a circunstância de o juiz determinar (necessariamente) o tipo e a extensão dos interesses submetidos à cura do *Sachwalter*, segundo o alcance da afecção de que padeça o sujeito e a espécie e extensão dos “assuntos” em causa (§ 273 III ABGB). Assim, o curador tanto pode ser encarregado da cura de todos os assuntos da pessoa deficiente (§ 273 III 3), como mais restritamente de um determinado círculo de interesses – por exemplo, a administração de todo ou de uma parcela do património (§ 273 III 2) –, ou, apenas, de específicas e concretas tarefas – por exemplo, fazer valer (porventura judicialmente) um direito ou pretensão ou concluir ou acompanhar o cumprimento (ou “liquidação”) de um negócio – por exemplo, a compra e venda de um imóvel (§ 273 III 1). Em qualquer caso, a competência do *Sachwalter* poderá ainda incidir sobre “assuntos” pessoais, v. g., concernentes à esfera matrimonial.

O *Sachwalter* está especialmente obrigado, no desempenho do seu *officium*, à cura da pessoa do deficiente, devendo manter com ele contacto pessoal e assegurar-se de que lhe é prestada a conveniente assistência médica e social (§ 282 II). Os seus deveres e direitos são, de um modo geral, os mesmos que os de um tutor de um menor (§ 282 I).

No âmbito da competência do *Sachwalter*, a capacidade do sujeito protegido está restringida, ele não pode, em princípio, realizar válida ou eficazmente actos de disposição, nem assumir obrigações, sem o consentimento expresso ou tácito daquele (cfr. § 273a I). Nesse domínio, como sucede para os menores com mais de 7 anos, parcialmente capazes (*beschränkte Geschäftsfähigen*), o negócio eventualmente realizado sem autorização será “pendentemente ineficaz” (*schwebend unwirksam*, são os chamados “negócios claudicantes”; todavia, o § 865 fala de validade dependente de consentimento), mas susceptível de ratificação pelo *Sachwalter*. Ressalve-se os casos de incapacidade, por a pessoa “não ter o uso da razão” (ou ter menos de sete anos), que determinará a nulidade do negócio (cfr. § 865).

Porém, na medida em que isso não afecte o “bem” da pessoa deficiente, o tribunal determinará, eventualmente, que ela possa dispor de certas coisas pertencentes ao seu património, do seu rendimento ou de parte deste (§ 273a I). Visa-se, desse modo, promover a reintegração e a recuperação do doente, assegurando-lhe um mínimo de participação na vida de relação e de “exercício de auto-responsabilidade”. A lei austríaca não esclarece, todavia, se nesse domínio se mantém uma competência concorrente do *Sachwalter*.

Seja como for, permanece intacta a capacidade de o sujeito concluir negócios que não impliquem, pelo seu lado, a assunção de obrigações (§ 865; aqui se incluirá, entre outras hipóteses, a aceitação de promessas ou doações puramente vantajosas).

Válidos serão ainda aqueles negócios respeitantes a assuntos ou interesses de pequena importância próprios da vida quotidiana – cláusula comumente entendida no sentido de abranger os negócios que visam satisfazer as exigências correntes do interessado e da sua família, e onde caberá a consideração de critérios subjectivos, nomeadamente a extensão e consistência do respectivo património. Neste caso, para assegurar uma cabal protecção, dispõe a lei que tais negócios só se tornarão eficazes com o adimplemento das obrigações que, por essa via, recaiam sobre a pessoa deficiente (§ 273a II).

Por outro lado, assegura-se ao interessado o direito de ser informado tempestivamente e de participar nas decisões capitais referentes à sua pessoa ou ao seu património, devendo a sua vontade ser respeitada e os desejos por ele expressos atendidos, se não colidirem com o seu “bem” (§ 273a II).

No domínio dos actos pessoais ou pessoalíssimos, abandonou-se o entendimento de que o “incapaz” estaria em absoluto (dada a insusceptibilidade de suprimento mediante

representação legal) excluído da sua conclusão.

No que respeita ao casamento, segundo a nova fórmula do § 102 I da *Ehegesetz* (EheG), consideram-se incapazes as crianças com menos de sete anos e as pessoas privadas do uso da razão. Parcialmente capazes (*beschränkte Geschäftsfähigen*) são, em termos gerais, os menores com mais de sete anos e aqueles a quem foi designado um *Sachwalter*. Ora, o § 2 EheG (apenas) exclui da celebração do casamento os incapazes. Já os parcialmente capazes (sendo porém a idade núbil de 19 anos para os homens e 16 para as mulheres, § 1 EheG [hoje 18 anos para ambos os sexos]), no sentido definido no § 102 EheG, podem casar, conquanto careçam do assentimento do curador, desde que no momento da conclusão não estejam (inteiramente) privados da capacidade de entender ou querer. Assim, a única causa de absoluta exclusão do casamento, par ao que aqui interessa, é a completa privação do uso da razão, constatada no momento da celebração. Logo, mesmo a anomalia psíquica grave não obsta ao casamento num intervalo lúcido. Como garantia da ponderação, seriedade e conveniência do acto surge o necessário consentimento do curador; este é, contudo, suprível judicialmente, inexistindo uma razão justificável para a sua recusa. Algumas dúvidas têm sido expressas (sobretudo na doutrina) relativamente a saber se o consentimento do curador também é necessário quando a sentença que nomeou *Sachwalter* não mencionou o domínio matrimonial no âmbito das suas funções.

No que toca à capacidade testamentária, os preceitos revogados vedavam ao interdito a possibilidade de testar, ao passo que na *beschränkte Entmündigung* se previa uma espécie de testamento judicial, feito verbalmente perante um juiz (e, no caso de prodigalidade, só se permitia ao “incapaz” dispor *mortis causa* de metade do património). Diferentemente, o novo regime admite que o sujeito submetido à curatela possa, em qualquer caso, testar (cfr. § 568 ABGB), havendo todavia o testamento de ser feito verbalmente perante o juiz ou o notário, que exarará num protocolo a declaração de última vontade (§ 569). Cabe também ao juiz ou ao notário assegurar-se que a declaração teve lugar de modo livre e ponderado (§ 569, *in fine*). Nos termos gerais, o testamento feito por quem no momento não tinha o livre exercício da sua vontade é inválido (§ 566). Ocorre todavia referir que a solução legal adoptada tem sido atacada por não atender à extensão e objecto da competência do *Sachwalter*, impondo indiscriminadamente (mesmo que o *Sachwalter* tenha sido nomeado para um acto individual) a forma especial referida para o testamento.

Resta, para concluir esta resenha da lei austríaca, mencionar os critérios (preferências) e publicidade da escolha do *Sachwalter*.

Avulta como critério primordial o “bem” da pessoa deficiente, mandando a lei atender especialmente às necessidades pessoais daquele (§ 280); será assim escolhida uma pessoa

(não está contemplada a possibilidade de nomeação de uma pessoa colectiva ou entidade pública; nem prevista a nomeação de mais do que uma pessoa) “adequada” e “próxima” dele (§ 281 I). Como se vê, não se atribui especial importância ao abstracto vínculo familiar. No caso em que a cura dos interesses do sujeito careça preponderantemente de conhecimentos jurídicos, então deverá ser escolhido um advogado ou um notário (§ 281 III). O exercício das funções pode também ser cometido a uma pessoa entre as designadas por uma associação “adequada” (§ 281 II; a formação e o enquadramento dos *Vereinssachwalter* foi objecto de uma lei especial, que entrou em vigor em 01/01/1991, e que regula igualmente o estatuto do advogado de um paciente).

A nomeação do *Sachwalter* não é comunicada, de ofício, ao registo civil, mas apenas ao registo predial e ao registo de sociedades. O juiz deve ainda notificar todos os que tenham um justificado e plausível interesse em conhecê-la.

Da experiência austríaca, com quase vinte anos, emergiram alguns problemas ou dificuldades que merecem referência.

Verificou-se, infelizmente, que é escasso o número de pessoas dispostas a assumirem o cargo de *Sachwalter*. Na prática, são muitas vezes nomeados advogados ou notários, mesmo quando não está em causa qualquer questão ou pendência jurídica. É claro, todavia, que tal problema não comporta uma solução (exclusivamente) legal. Toca-se aqui os limites do direito, requerendo-se uma transformação cultural e sociológica que combata o abandono social.

Por outro lado, a duração dos processos tem-se revelado excessiva, em média 7 a 8 meses, dada a necessidade de ouvir um perito médico e a dificuldade mencionada de encontrar pessoas dispostas a assumirem as funções de curador.

Em termos de concepção, lamenta-se a inexistência de uma medida que não limite a capacidade de exercício. Com efeito, a competência do *Sachwalter* comprime, automaticamente, a capacidade do sujeito afectado. Critica-se também a impossibilidade de ratificação dos actos praticados pela pessoa protegida se esta se mostra incapaz (“desprovida do uso da razão à altura do negócio”).

Aventa-se, igualmente, a utilidade de prever a circunscrição no tempo, pelo juiz, da “*Sachwalterschaft*”.

5. Em Espanha, quase contemporaneamente com a reforma austríaca, a *Ley 13/83*, de 24 de Outubro de 1983, modificou (com maior modéstia nos meios) o *Código Civil* (Títulos IX e X do primeiro Livro) em matéria de incapacidade legal e de tutela. Posteriormente, a *Ley do Enjuiciamiento Civil* de 2000 (L.E.C.), veio revogar os arts. 202 a 214 e os arts. 294 a 298 do

Código Civil, que continham sobretudo aspectos adjectivos, subsistindo porém, em linhas gerais, o seu conteúdo nos preceitos (arts. 756 e ss.) da Lei processual.

A modificação operada já era exigida pela necessidade de compatibilizar a lei ordinária com a *Carta Constitucional* de 1978. Com efeito, nesta última a livre e plena realização da personalidade de cada um surge como “fundamento da ordem política e da paz social” (art. 10.1); donde a declaração de incapacidade – para cujas causas se estabelece uma reserva de lei – não poder representar um obstáculo a tal desiderato, mas dever antes constituir uma medida de protecção, orientada exclusivamente pelo interesse e bem do incapaz, assegurando-lhe a titularidade e o gozo dos direitos fundamentais que a ordem constitucional reconhece a todos os cidadãos (art. 49). Como limite constitucional (geral) nesta matéria surge, por outro lado, o princípio da igualdade, a proscreever qualquer discriminação em razão da “condición o circunstancia personal o social” (art. 14 Carta Constitucional).

Assim, previu-se na lei ordinária civil as causas de “incapacitação” e a necessidade de um procedimento judicial para o efeito: “Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley” (art. 199 do *Código Civil*; cfr. ainda arts. 748.1.º, 753 e 756 L.E.C.). Determinou-se ainda no art. 207 (posteriormente revogado pela L.E.C.; cfr., nesta última, o art. 758) que, no processo, o presumível incapaz terá sempre um defensor. A incapacitação, afectando o estado civil, não poderá, nos termos do art. 1814 do *Código Civil*, ser objecto de transacção (nem de arbitragem, segundo o art. 751 L.E.C.).

Do espírito da lei resulta que a “incapacitação” tem como única ou precípua finalidade a protecção da pessoa do afectado. A doutrina acentua, nesta ordem de ideias, que a “inabilitação” do falido não se equipara à “incapacitação”, constituindo uma mera proibição de dispor.

Constituem causas de “incapacitação”, na nova redacção, “flexível e omnicompreensiva”, em jeito de cláusula geral, do art. 200 do *Código Civil* (onde antes eram referidos os *locos dementes e sordomudos*), “as enfermidades ou deficiências persistentes de carácter físico ou psíquico que impeçam a pessoa de governar-se por si mesma”. Note-se que a incapacitação pode recair sobre menores quando se “preveja razoavelmente” que a causa persistirá depois da maioridade (cfr. art. 201).

Perante a norma do art. 200 (por muitos considerada demasiadamente “aberta” ou indeterminada, abandonando o sistema da tipificação das causas), prefere a doutrina falar de uma única causa de incapacidade – “a falta ou deficiência da capacidade natural *que impede a pessoa de governar-se por si mesma*”.

O acento tónico recai, pois, sobre a incapacidade de autogoverno. Reconhecendo-se que esta pode resultar, essencialmente, da impossibilidade ou grande dificuldade de conhecer acertadamente a realidade e de formular juízos adequados sobre ela ou da falta de domínio da vontade. Só que a incapacidade, atenta a necessidade de ser constatada através de algum meio, vem descrita por aquilo que representa o seu “normal veículo de exteriorização na sociedade: a enfermidade ou deficiência física e / ou psíquica”.

Estes últimos termos, não sendo rigorosamente sinónimos, referir-se-ão muitas vezes à mesma realidade; ou complementar-se-ão para cobrir as variadas causas de incapacidade. Um diagnóstico claro e preciso de enfermidade ou deficiência não será mesmo essencial. Mas exigir-se-á que a situação patológica seja persistente (crónica ou que presumivelmente se prolongará no futuro) e actual (isto é, que perdure no momento da declaração judicial).

Legitimidade para intentar o processo de incapacitação detêm-na o cônjuge ou quem se encontre em “situação de facto assimilável” (na expressão da lei), os descendentes, os ascendentes e os irmãos do presumido incapaz, e também o *Ministerio Fiscal* (art. 757.1 e 2, L.E.C.). Porém, a incapacitação de um menor só pode ser promovida por quem exerça o poder paternal ou a tutela (art. 757.4 L.E.C.).

De um modo geral, a lei prevê mesmo que qualquer pessoa leve ao conhecimento do *Ministerio Fiscal* (Ministério Público) os factos que possam ser determinantes da incapacitação. Sobre as autoridades e funcionários públicos que, em razão do seu cargo conheçam tais factos, impende um dever de deles dar conhecimento àquele (art. 757.3 L.E.C.).

Em qualquer momento, mesmo anteriormente à instauração do processo, o tribunal competente pode adoptar, de ofício ou a requerimento do *Ministerio Fiscal*, medidas cautelares para protecção da pessoa e do seu património (art. 762 L.E.C.). Para o que ouvirá, em regra, previamente a pessoa afectada.

Uma das alterações mais relevantes introduzidas radica, talvez, no facto de os (concretos) efeitos da “incapacitação” não estarem de antemão estritamente determinados pela lei e não serem, portanto, uniformes. Quer dizer: a própria sentença pode fixar “a extensão e os limites” da incapacidade, “assim como o regime de tutela ou guarda a que deva ficar submetido o incapacitado” (cfr. art. 760 L.E.C., que impõe ainda ao juiz que se pronuncie sobre a necessidade de internamento; na lei substantiva, ver arts. 222, n.º 2, e 287 *Código Civil*). Demais, a “incapacitação” é susceptível de modificação se sobrevierem entretanto novas circunstâncias que afectem o grau de discernimento do incapaz (cfr. art. 212 – derogado pela L.E.C. onde, porém o art. 761 tem conteúdo semelhante – e 287 *Código Civil*). Pretendeu-se, por conseguinte, graduar a medida da incapacidade (legal) segundo a concreta (in)aptidão do sujeito para reger os seus interesses e evitar a sua exclusão total da vida civil.

Concretamente, “os sistemas de tutela e guarda” previstos são os seguintes: a tutela, a curatela e o defensor judicial (cfr. art. 215; com o defensor judicial, a lei veio regular unitariamente situações antes dispersas, como, por exemplo, a substituição dos representantes legais em caso de conflito de interesses).

Ao lado destes, haverá ainda que referir o poder paternal, que substituirá a tutela no caso de “incapacitação” de um menor (art. 171 em conjugação com o art. 201; cfr., no direito português, a solução paralela do art. 144.º do Código Civil). Pode também acontecer que o poder paternal se “prorroque” ou “reabilite” em relação a um filho maior ou emancipado (ainda art. 171 *Código Civil*): a primeira hipótese, o “poder paternal prorrogado”, produz-se de modo automático com a maioridade de um menor previamente “incapacitado”; a segunda, o “poder paternal reabilitado”, sucede quando um maior solteiro, que ainda viva “na companhia dos seus pais ou de qualquer um deles”, seja declarado incapaz.

Começando pela tutela, refira-se que esta abrange, por regra, tanto a esfera pessoal como a patrimonial, assumindo o tutor a qualidade de representante do incapaz (art. 267). Exceptuam-se aqueles actos que o incapaz possa realizar por si só, os quais serão determinados na própria sentença (possibilidade a que já se aludiu) ou estão estabelecidos na lei (os actos pessoalíssimos, como se aludirá à frente). Quando a sentença nada diga a esse respeito, a situação do incapaz assemelha-se à de um menor não emancipado, tendo embora sempre presente a sua “falta de discernimento”.

Prevê a lei espanhola que a tutela seja deferida, preferencialmente, ao cônjuge que conviva com o incapaz; na falta deste, aos pais; depois, à pessoa ou pessoas designadas por aqueles nas suas disposições de última vontade; por fim, ao descendente, ascendente ou irmão que o juiz designe (art. 234). Pode ainda o juiz escolher uma pessoa diferente das mencionadas, aquela que considere mais apta a exercer tais funções em benefício do incapaz por força das suas relações com este (art. 235).

A curatela, a medida mais benigna ou menos intensa, pressupõe a possibilidade de actuação independente de quem a ela está submetido. A opção pela tutela (ou pelo poder paternal) ou pela curatela é função da extensão da incapacidade (cfr. arts. 210 – derogado pela L.E.C., cfr. nesta art. 760.1 – e 287 *Código Civil*).

Por regra, ao curador caberá uma função de mera assistência. A sentença que instaure a curatela indicará os actos para os quais se exige o controlo do curador (cfr. art. 289), discriminando o alcance da incapacidade. Se nada se especificar, entender-se-á que abrange os actos para os quais os tutores carecem de autorização judicial (cfr. art. 271 *ex vi* do art. 290).

A curatela pode ainda ser instaurada para os declarados pródigos, segundo o art. 286, n.º 3. O pedido provirá aqui do cônjuge, descendentes ou ascendentes que recebam alimentos do pródigo ou estejam em situação de reclamá-los (art. 757.5, L.E.C.). A sentença determinará os actos do pródigo que carecem de assistência (art. 760.3, L.E.C.).

Acentue-se que, qualquer que seja o tipo de “incapacitação”, admitir-se-á que a pessoa em causa (inclusive os “absolutamente” incapazes) pratique actos de “natureza existencial” (cfr. art. 267, conjugado com o art. 162, *Código Civil*). E nem mesmo de outros actos pessoais, mormente do matrimónio, do reconhecimento de filhos naturais e do testamento, se excluirá *a priori* o sujeito. Embora com diferenças de regime assinaláveis, a lei tende nesses domínios para uma averiguação concreta da (in)existência da capacidade de discernimento requerida (cfr. arts. 56, 121 e 665). Quanto à aceitação de doações simples, entende-se bastar a capacidade natural do donatário.

Por último, refira-se que a Reforma de 83, no art. 211 *Código Civil* – agora derogado pelo art. 763 do L.E.C, que no entanto manteve orientação semelhante – trouxe para a órbita da autoridade judicial o tema do internamento não voluntário dos incapazes.

6. Na Bélgica, a incapacidade e a protecção dos maiores, nos seus aspectos mais importantes, estão hoje reguladas pela Lei de 26/06/1990 sobre a protecção dos doentes mentais (que entrou em vigor em 27/07/1991) e, complementarmente, pela Lei de 18/07/1991 sobre a protecção dos bens das pessoas totalmente ou parcialmente incapazes de os gerir em razão do seu estado físico ou mental (que entrou em vigor em 28/07/1991).

O legislador belga não julgou, porém, oportuno pôr fim às “medidas clássicas”, cuja origem remonta, parcialmente, ao *Code Civil* de 1804. Contudo, tais medidas conhecem um crescente declínio, quer por força da morosidade do processo que conduz à sua aplicação, quer por não se enquadrarem no espírito da reforma, relevando de uma concepção considerada superada. A interdição e a sujeição ao *conseil judiciaire* entraram mesmo em acentuado desuso.

Vamos referir estritamente os aspectos mais essenciais do quadro legal belga nesta matéria.

As “medidas clássicas” consistem na “interdição judiciária”, na sujeição ao *conseil judiciaire*, na menoridade prolongada e, embora com um lugar à parte, na “interdição legal” (sanção acessória para a prática de certos crimes).

A interdição está prevista no art. 489 do *Code Civil* (que praticamente conserva a sua versão originária, apenas se suprimiu, em 1967, a referência ao “*fureur*”). Destina-se aos

maiores num estado habitual de “imbecilidade ou demência”. Pressupõe-se, portanto, uma anomalia psíquica habitual (conquanto possam ocorrer intervalos lúcidos) e profunda.

Segundo o art. 509, o interdito é equiparado ao menor, quer quanto à pessoa, quer quanto aos seus bens. As disposições sobre a tutela dos menores são-lhe aplicáveis.

A sua incapacidade estende-se à generalidade dos negócios, baseada numa presunção irrefragável de falta de discernimento (cfr. ainda art. 1124). Os actos que pratique, posteriormente à sentença, são “nulos” (trata-se, em rigor, de uma nulidade relativa – anulabilidade, diremos nós – só invocável pelos representantes legais e, eventualmente, pelo próprio ou pelos seus herdeiros). A incapacidade é suprida pela representação, em moldes muito semelhantes aos que se prevêem para o menor.

Excepcionalmente, a interdição dará lugar à “representação por um administrador provisório”, se a pessoa a ela submetida for internada por virtude da prática de um crime.

A “*mise sous conseil judiciaire*” (cfr. arts 513 e ss.) abrange os “*faibles d’esprit*” e os pródigos. As pessoas ditas “*faibles d’esprit*” são, segundo a jurisprudência, aquelas que, mantendo em parte o discernimento, vêem as suas capacidades mentais enfraquecidas por *débilité* (deficiência no desenvolvimento mental), *sénilité* (degenerescência devida à idade) ou doença. Daí resultará não estarem em condições de, sem perigo, gerir os seus assuntos. Os pródigos, sem serem propriamente insanos, caracterizam-se por utilizarem desproporcionada e anormalmente o seu património; o que supõe, segundo a melhor doutrina, a dissipação do capital e não somente dos rendimentos.

De um modo geral, a pessoa sujeita ao *conseil* mantém a sua capacidade, mas para alguns actos enumerados (taxativamente) na lei carece da autorização daquele; a saber (segundo o art. 513): para litigar, para transigir, para dar ou tomar de empréstimo, para receber capitais mobiliários e dar quitação, para alienar ou onerar os bens com hipotecas. O *conseil* não assume, pois, o papel de representante, mas o de mero assistente.

A menoridade prorrogada (ou prolongada), introduzida pela Lei de 29/06/1973, permite que os pais do menor continuem a exercer o poder paternal depois de aquele atingir a maioridade, com o que se dispensa o processo de interdição. Aplica-se aos menores que, em virtude de atraso mental grave (*arriération mentale grave*), se mostram, e verosimilmente assim permaneçam, incapazes de governar a sua pessoa e administrar os seus bens (cfr. art. 487bis, 1.ª frase). A lei define *arriération mentale grave* como uma deficiência mental congénita ou com o seu início na pequena infância, caracterizada por um défice de desenvolvimento das capacidades intelectuais, afectivas e volitivas (art. art. 487bis, 2.ª frase). A medida também pode ser tomada para um maior que, na sua menoridade, tivesse estado nas condições descritas.

A pessoa em menoridade prorrogada equipara-se a um menor com menos de 15 anos (art. 487*bis*, 4.ª frase), tendencialmente a sua incapacidade é total. Continua submetida ao poder paternal. Os pais representá-lo-ão e administrarão os seus bens. Eventualmente, no interesse do próprio, poderá instaurar-se a tutela (art. 487*quater*).

Ao lado das “medidas clássicas”, a Lei de 18/07/1991 veio introduzir a “administração provisória dos bens pertencentes a um maior” (cfr. art. 488*bis*). A medida visa a protecção de qualquer pessoa incapaz, por força do seu estado de saúde, de gerir os seus bens (al. a) do art. 488*bis*). Pode tratar-se de uma incapacidade total ou parcial, duradoura ou temporária. A nomeação do administrador pelo juiz de paz só está excluída se a pessoa já se encontra sob outra providência que inclua a protecção dos bens (interdição, sujeição ao conselho judiciário, menoridade prolongada, extensão dos poderes do cônjuge, etc., conquanto a lei, no art. 488*bis* a), *in fine*), refira *tout court* a inexistência de um representante legal).

A medida pode ser requerida, nos termos do art. 488*bis* b), § 1.º, primeira frase, pelo próprio, por qualquer pessoa interessada ou pelo “*procureur du Roi*” (Ministério Público). O requerimento deve ir, salvo em caso de urgência, acompanhado de um atestado médico circunstanciado descrevendo o estado de saúde da pessoa a proteger (art. 488*bis* b), § 3.º). O juiz pode ainda proceder de ofício no processo em que foi requerida uma medida de privativa da liberdade ligada ao tratamento hospitalar compulsivo (no âmbito da Lei de 26/06/1990).

O tribunal define os poderes confiados ao administrador. Também determina a qualidade, de representante ou assistente, em que ele deve actuar. Isso dependerá da natureza e da composição dos bens a gerir e do estado de saúde da pessoa a proteger (art. 488*bis* f), § 2.º). Se nada diz na decisão que o nomeia, o administrador terá poderes de representação para a generalidade dos actos, extrajudiciais ou judiciais (art. 488*bis* f), § 3.º, 1.ª frase). Há, porém, actos de maior relevância para a prática dos quais carece da autorização do juiz (art. 488*bis* f), § 3.º, 2.ª frase). Este tem ainda a faculdade de alterar, a todo o tempo, os poderes e as funções do administrador, ou fazê-los simplesmente cessar (art. 488*bis* d)).

A incapacidade do sujeito moldar-se-á em função dos poderes atribuídos ao administrador. Nesse domínio, os seus actos (pelo menos se não acompanhados de autorização) serão nulos: está em causa uma nulidade relativa, só invocável pelo administrador e pela pessoa protegida, cuja acção prescreve no prazo de cinco anos (art. 488*bis* i)).

O administrador será de preferência o cônjuge, um membro da família próxima ou alguém que mereça a confiança da pessoa a proteger (art. 488*bis* c), § 1.º, 2.ª frase). De harmonia com o espírito da lei, a relação de confiança sobreleva a eventual maior competência de outro sujeito. A decisão do juiz levará em conta a natureza e a composição

dos bens a gerir e o estado de saúde da pessoa a proteger e a sua situação familiar (art. 488bis c), § 1.º, 1.ª frase).

Segundo o disposto no art. 488bis f), § 1.º, a pessoa designada tem por missão gerir “en bon père de famille” (expressão legal que tem sido criticada pelo seu carácter sexista e anacrónico) os bens da pessoa protegida. A sua designação implica a extinção, automática, do mandato conferido anteriormente a um terceiro.

7. Na Alemanha, também na esteira das reformas que ocorreram noutros países, a *Betreuungsgesetz (BtG)*, publicada em 12 de Setembro de 1990, entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1992 (retocada posteriormente nalguns aspectos pela Lei de 28/05/1998, que alterou também as normas processuais no âmbito da Lei sobre os processos de jurisdição voluntária, *FGG*). A nova lei aboliu o instituto da *Entmündigung* – equivalente à nossa interdição – e substituiu as duas medidas existentes de protecção ou assistência de incapazes, a *Vormundschaft* (tutela) e *Gebrechlichkeitspflegschaft* (curadoria), pela figura unitária e flexível da *Betreuung* (que traduziremos por assistência, sem grandes cuidados de rigor, como aliás já aconteceu para as expressões anteriores).

Objectivo confesso da reforma, de longe a mais importante nesta matéria desde a entrada em vigor do BGB, foi “reforçar a posição jurídica das pessoas idosas e ‘débeis’, dos doentes psíquicos ou físicos, assim como dos deficientes mentais, possibilitar-lhes, no possível, a participação no tráfico jurídico, atender às suas requestas, desejos e sugestões, enquanto isso se mostrar viável e conveniente, e ainda procurar esgotar, mais exhaustivamente que até então, as possibilidades de reintegração”. Em conformidade, procurar-se-ia pôr o acento tónico na “cura da pessoa” e não na vertente patrimonial.

Concretamente, a abolição da interdição é justificada nos seguintes termos: “trata-se de uma exigência do princípio da proporcionalidade, pois a interdição implicava necessariamente a incapacidade jurídica [...] para todos os domínios e para a generalidade dos negócios e não atendia suficientemente às circunstâncias do concreto caso e às capacidades remanescentes do sujeito”.

Convoca-se também a experiência e o saber psiquiátrico, que vêem na interdição um instrumento anti-terapêutico, susceptível de se repercutir desfavoravelmente no estado do paciente, muitas vezes considerada por este como uma intrusão injusta, com conotações discriminatórias e infamantes.

Por seu lado, o regime da *Gebrechlichkeitspflegschaft* era encarado com desconfiança, assinalando-se que conduzia, não raro, na prática a resultados ablativos dos direitos do sujeito parecidos com os da *Entmündigung*, pelo menos quando a *Zwangspflegschaft* tinha lugar.

De acordo com a ideia fundamental de preservar a possibilidade de autodeterminação, a *Betreuung*, por si só (diferentemente do *Sachwalterschaft* austríaca), não afecta a capacidade do sujeito a ela submetido, pelo que serão ainda aplicáveis as regras gerais sobre a “(in)capacidade natural” (§ 104 II e 105 I BGB). Contudo, como se explicará adiante, em caso de perigo relevante para a pessoa ou património do *Betreuten* (“assistido”), pode o tribunal decretar a chamada “reserva de consentimento” (§ 1903 BGB-BtG), fazendo depender a eficácia de certos actos ou, no limite, da generalidade dos actos de prévia autorização.

Os pressupostos materiais para a designação de um assistente (*Betreuer*) estão regulados nos §§ 1896 e 1902 BGB. Concretamente, prevê-se (cfr. § 1896 I 1) a nomeação de um assistente (*Betreuer*) quando um maior (ou no ano anterior à maioridade, segundo a ressalva do § 1908a), esteja afectado por uma doença psíquica ou deficiência (“handicap”) física, intelectual ou mental. Para além disso, exige-se que, em consequência da doença ou deficiência, a pessoa considerada não esteja em condições de curar, no todo em parte, dos seus assuntos ou interesses (cfr. ainda § 1896 I 1).

A enumeração legal das causas que podem levar à instauração da assistência tem carácter exaustivo. Embora se assinala que os termos utilizados são relativamente indefinidos: a lei fala em “*einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung*”. Em todo o caso não será possível decretar a assistência por outras razões, por exemplo, por inadaptação ou perigosidade social ou por debilidade ou labilidade de carácter. Nem, ao invés do que acontecia antes, se contemplam, em si mesmos, fenómenos como a prodigalidade, o alcoolismo, a toxicodependência (esta última, como se entende se recordarmos que o BGB tem mais de um século de existência, não foi inicialmente prevista, só depois se adiu a *Rauschgiftsucht* às causas de incapacitação). Estes só relevarão quando se traduzam em psicopatologias ou, eventualmente, deficiências físicas.

O conceito de doença psíquica compreenderá, antes de mais, psicoses endógenas causadoras de perturbações mentais, sem que seja possível identificar na sua origem danos físicos cerebrais (por exemplo, esquizofrenia, psicoses maníaco-depressivas). Mas também nele se incluirão as psicoses exógenas, derivadas de afecções e lesões cerebrais. Eventualmente, como já se assinalou, “dependências” – do álcool, de drogas ou de medicamentos –, importando dano para a saúde e traduzindo-se em verdadeiras patologias, estarão também abrangidas.

O conceito de deficiência intelectual (*geistige Behinderung*) é entendido como referindo-se a défices ou carências de inteligência que remontam ao nascimento ou aos primeiros tempos de vida. Ao passo que o conceito de deficiência mental (*seelische Behinderung*) cobre todos os diferentes estados de regressão ocorridos durante a vida do

sujeito, sejam provenientes de afecções psíquicas, sejam devidos à idade (normalmente classificados de modo geral como casos de demência senil e cada vez mais numerosos por força da evolução demográfica).

À nomeação do assistente procederá, de ofício ou a instância do próprio interessado, o juiz tutelar (*Vormundschaftsgericht*). Porém, no caso de deficiência física, a medida só ocorrerá a requerimento do próprio interessado, exceptuada a hipótese deste não se encontrar em condições de manifestar a sua vontade (cfr. § 1896 I 3 BGB). Outras pessoas ou entidades podem propor abertura do processo, mas sem que isso represente um verdadeiro pedido processual.

Por princípio, a sentença não será inscrita no registo público; ao assistente será facultado um documento com a sua identificação e a do assistido e com as funções que lhe são cometidas (§ 69b FGG).

De um modo geral, o círculo de actuação ou funções do assistente (ou seja, o conteúdo da assistência) não está circunscrito na lei, que prevê adrede apenas hipóteses específicas. Em todo o caso, a assistência apenas surgirá se, onde (e enquanto), se mostrar em concreto necessária, ou seja, no estrito círculo de interesses ou assuntos que careçam de ser convenientemente geridos ou curados, os quais serão apositamente determinados pelo tribunal em cada caso (cfr. § 1896 II 1 BGB) – fala-se aqui do *princípio da especialidade e da necessidade*. A que se juntará o *princípio da subsidiariedade*, traduzido sobretudo no aspecto que a seguir se explicita. Com efeito, a própria lei (§ 1896 II 2) expressamente considera prescindível a assistência sempre que, através de um procurador ou de outra ajuda (“fáctica”: pode pensar-se aqui, por exemplo, no auxílio da família, de conhecidos ou vizinhos, de associações, ou da assistência social), os interesses da pessoa estejam suficientemente acautelados (nos mesmos moldes em que o estariam pela nomeação de um assistente).

Em especial, no círculo dos actos negociais, reserva-se um tratamento próprio para aquelas situações em que o sujeito haja nomeado um procurador. Trata-se, mais propriamente, daquilo que se usa designar por “procuração ou poderes para além da incapacidade” (*Vollmacht über die Geschäftsunfähigkeit hinaus*” por analogia com a *Vollmacht über den Tod hinaus*”; corrente é ainda, na doutrina, a sugestiva expressão, cunhada por MÜLER-FREINFELDS, *Altervorsorge-Vollmacht*). A tal instrumento recorre, na Alemanha, um crescente número de pessoas idosas ou em situação de doença, na iminência de não poderem prover aos seus assuntos, mas ainda juridicamente capazes. A procuração em causa ou se refere a concretos actos (frequentemente a possibilidade de movimentar uma conta bancária) ou diz respeito à generalidade dos actos de administração (procuração geral). Para além da possibilidade imediata de se poder fazer substituir por uma pessoa da sua confiança,

geralmente o representado pretende, desse modo, que os poderes perdurem se ele se vier a tornar incapaz (persistindo também a relação subjacente; cfr. §§ 672 1 e 168 1).

Ora, o legislador julgou oportuno promover a utilização de um tal instrumento jurídico potenciador (para o futuro) da autonomia do interessado, acentuando que ele não serve apenas o interesse particular do representado mas contribui, simultaneamente, para desonerar os tribunais. Advertiu-se, porém, os riscos que lhe estão inerentes, e que decorrem, no essencial, de o representado não poder revogar a procuração se sucede a sua incapacidade, assim como de lhe ser impossível, nessa circunstância, fiscalizar e instruir o mandatário (o procurador).

Das diversas soluções aventadas nos trabalhos preparatórios, para proteger o “incapaz”, a lei preferiu aquela que, *a priori*, melhor se concilia com os princípios acima enunciados da necessidade e da subsidiariedade: assim, previu a possibilidade de ser incluído no círculo de tarefas cometidas pelo tribunal ao assistente o exercício dos direitos do “assistido” ante o seu procurador (cfr. § 1896 III BGB). Entende-se, todavia, que tal decisão supõe a necessidade, actual e concretamente aferida, de fiscalização da actividade representativa ou de revogação dos respectivos poderes, não bastando a eventual incapacidade ou impossibilidade de agir do representado. Demais, a actividade do assistente restringir-se-á, por regra, a fazer valer os direitos do “assistido” em relação ao procurador – a substituição deste último ocorrerá apenas como *ultima ratio*.

Volvendo à figura do assistente, este é considerado, no âmbito da sua esfera de competência, como representante judicial e extrajudicial do assistido (§ 1902), tendo a posição de um representante legal. Deste modo, e não sendo, como anteriormente se referiu, a capacidade do “assistido” afectada, abre-se um espaço de actuação concorrente, de “dupla competência”, onde ambos – assistente e “assistido” – podem actuar válida e eficazmente (esclareça-se que a eventual circunscrição do poder de representação do assistente resultante do § 1901 apenas vale nas relações internas).

Os problemas que daí advêm, embora não sejam demasiadamente distintos daqueles que podem ocorrer na representação voluntária, e conheça soluções semelhantes (nomeadamente, e no silêncio da lei, as ditadas pelo critério da prioridade temporal) não devem ser menosprezados, como adverte parte da doutrina, que não deixa de criticar a “automática”, por vezes desnecessária e “intrusiva”, concessão da posição de representante legal ao assistente.

Já aludimos, contudo, à possibilidade de restrição da capacidade resultante da chamada “reserva de consentimento”. Medida excepcional, considerada a *ultima ratio* quando os interesses pessoais ou patrimoniais do sujeito estiverem seriamente em risco e não possam

ser salvaguardados de outro modo. Pressuposto da determinação da “reserva de consentimento” é, mais exactamente, a existência de um perigo relevante (“*erheblichen*”) para a pessoa ou património do “assistido” (cfr. § 1903 I). Interesses de terceiros (familiares, credores) não assumem verdadeira relevância.

Nos termos do § 1903, o tribunal pode então estabelecer a necessidade de prévio consentimento ou autorização (*Einwilligung*) do assistente para actos (declarações negociais) do *Betreuten*, que recaiam no círculo de competências daquele. Não carecerão, em todo o caso, de autorização aqueles negócios dos quais resulte, meramente, uma vantagem para o assistido, assim como aqueles que apenas respeitem a assuntos da vida corrente ou quotidiana de pequena importância, a menos que, quanto a estes últimos, o tribunal disponha diferentemente (cfr. § 1903 III 1, 2).

Estabelecida a reserva, o negócio concluído sem a necessária autorização é ineficaz (*schwebenden unwirksam*), podendo todavia ser “ratificado” pelo “assistente” (§§ 108-113, por força da remissão do § 1903 I; nesse domínio, o assistido equipara-se a um menor com mais de sete anos, que é *beschränkt geschäftsfähig*). Incólumes ficam, contudo, as regras sobre a incapacidade natural, que poderão conduzir à nulidade do negócio, independentemente da existência de autorização, se ele tiver sido celebrado num “estado de perturbação doentia da actividade intelectual que exclua a livre determinação da vontade” (cfr. § 104 II e 105 I).

A solução legal descrita tem sido alvo de críticas. Afinal, a reserva de consentimento traduz-se em privar, em parte, o sujeito afectado da capacidade de exercício. A situação é comparada com uma “interdição parcial” (tomando por referência a lei antiga). Como não parece irrepreensível a coordenação com as regras do § 105. Acresce que a medida pode ser ditada sem prévio exame ou diagnóstico médico, visto que para o seu decretamento não é decisiva a questão da capacidade.

Em todo o caso, importa notar que a “reserva de consentimento” não pode estender-se ao matrimónio, à instauração da “união de facto”, ao testamento e àqueles negócios para os quais um sujeito limitado na sua capacidade jurídica não carece de autorização do seu representante (cfr. § 1903 II). O que significa que, em tais domínios, e por razões que se prendem com o carácter pessoalíssimo desses actos, se atenderá (sempre) à capacidade natural do sujeito. Entende-se ainda, embora a lei não o disponha expressamente, mas em atenção aos princípios atrás enunciados da necessidade e da subsidiariedade, que em tal domínio não é admissível a nomeação de um assistente, quando não se ponham dúvidas sobre a capacidade do sujeito: assim, enquanto este dispõe da necessária capacidade para o efeito, apenas ele pode praticar tais negócios pessoais; uma vez incapaz, apenas o assistente, como

representante legal, os pode realizar, desde que não esteja excluída a representação (como acontece, por exemplo, para o casamento, § 13 EheG, e para o testamento, § 2064 BGB).

Explicados estes aspectos do regime legal tedesco, importa sublinhar a prevalência concedida ao “bem” (e saúde, cfr. § 1901 II 4) do sujeito, como critério da “cura” do assistente (§ 1901 II 1). Aqui inclui-se, expressamente, a possibilidade de o assistido, no limite das suas capacidades, conformar a sua vida segundo os próprios desejos e concepções (§ 1901 II 2).

Em muitos aspectos, a sua vontade e aspirações são até decisivos. Assim sucede, desde logo, quanto à escolha da pessoa do assistente, onde, em princípio, devem ser atendidas as sugestões ou propostas apresentadas por aquele (cfr. § 1897 IV 1). Depois, conforme prescreve expressamente o § 1901 III 1, o assistente deve, no exercício das suas funções, ater-se à vontade e desejos do assistido, quer tenham sido expressos antes durante ou depois da decisão judicial (cfr. §§ 1901 III 2 e 1897 IV 3 BGB). E deve ainda considerar em conjunto com ele todos os assuntos importantes antes de decidir e actuar (cfr. §§ 1901 III 3). A vinculação do tribunal ou do assistente à vontade do *Betreuten* cessa, porém, quando esta seja contrária ao seu bem ou interesses (§ 1901 II 1).

Como funções do assistente, a lei menciona especialmente o seu dever de utilizar todas as possibilidades para superar, atenuar os efeitos, ou impedir o agravamento da doença ou deficiência do assistido (§ 1901 IV). Deve também comunicar ao tribunal tutelar quaisquer circunstâncias que possibilitem a revogação da medida ou a extensão ou redução do seu âmbito (§ 1901 V).

De tudo isto avulta a necessidade – aliás, propósito confesso da lei, como resulta da justificação do projecto – de um contacto pessoal e íntimo, de um intenso diálogo e informação com o assistido.

Mas, por outro lado, tutela-se o direito à privacidade do assistido no que respeita às suas telecomunicações e correspondência, estabelecendo-se que o assistente só pode intervir em tais domínios se expressamente autorizado pelo juiz tutelar (§ 1896 IV).

Convém ainda sublinhar a existência de regras próprias (e detalhadas) acerca do consentimento do assistente para certos actos. Entre outras, para exames ou tratamentos médicos (cfr. § 1904; e, em especial para a esterilização, § 1905), para o internamento do assistido (§ 1906), para a denúncia do contrato de arrendamento da habitação (§1907), para o dote (*Ausstattung*, § 1908), requerendo-se, por regra, o consentimento (*Genehmigung*) do tribunal tutelar.

Por regra, o assistente será uma pessoa singular (§ 1897; note-se que a pessoa nomeada pelo tribunal tem, em princípio, o dever de exercer a assistência, sem que no entanto a lei preveja, diferentemente do que sucedia na lei antiga, qualquer sanção para a

recusa). A função pode ser exercida a título privado (*private Einzelbetreuer*), ou por uma pessoa que seja colaboradora de uma associação (*Vereinsbetreuer* ou *Bedienstete eines Betreuungsvereins*) ou de uma entidade pública ou autoridade competente no domínio da assistência (*Behördenbetreuer* ou *Angestellter* ou *Beamter*). Os assistentes privados podem ser, quer profissionais retribuídos (*Berufsbetreuer*), quer alguém que assuma a função a título “acessório” (fora da sua profissão), mas “recompensada” de acordo com o património do assistido e as funções que lhe foram cometidas (*Betreuer mit Vergütung*), ou mesmo particulares que intervêm benevolmente.

Na impossibilidade de o (único) assistente agir, em caso de conflito virtual ou real de interesses, será nomeado um assistente complementar (*Ergänzungsbetreuer*). Este pode também ser nomeado para assumir parte das funções do assistente principal, que nele delegará. Existe ainda a figura do “contra-assistente”, que cumprirá, sobretudo nos casos de administração de um avultado património, tarefas de controlo da actividade do assistente ou assistentes.

A co-assistência (§ 1899), nomeação de mais de que um assistente, tanto pode ocorrer na forma de repartição de tarefas, como na forma de actuação conjunta (necessária ou não).

E, nos termos do § 1900 (“*Betreuung durch Verein oder Behörde*”), a assistência pode ainda ser cometida a uma associação ou a uma entidade pública (autoridade competente em matéria de assistência).

8. Em Itália, há muito que a disciplina vigente do *Codice Civile* (da qual bastante se avizinha o nosso direito, conforme se foi mostrando) em matéria de enfermidade mental, interdição e inabilitação, é criticada, reclamando-se a sua modificação.

E têm sido formuladas várias propostas e sugestões – fruto da profícua colaboração entre juristas, magistrados, psiquiatras e peritos. Um marco importante representou o esboço de revisão surgido na esteira do Convénio (em Trieste) “*Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*” – da autoria de PAULO CENDON (publicado na revista *Giurisprudenza Italiana*, 140 (1988), págs. 117 e ss.). A proposta aí apresentada teve profunda repercussão e foi alvo de aturada discussão.

Ponto de partida foi o reconhecimento das insuficiências do direito constituído. Mormente, e em termos muito sintéticos, acostando-nos à exposição de PAULO CENDON: a interdição constituiria uma medida excessivamente severa, rígida e até desproporcionada às exigências de protecção requerida, afectando (de modo desnecessário, subentende-se) direitos fundamentais da pessoa. Relevaria de uma concepção hoje superada em sede psiquiátrica. Orientar-se-ia prevalentemente pelo interesse dos familiares e de terceiros. O regime da

incapacidade natural (ou, como nós diremos, accidental) do art. 428 do *Codice Civile* teria um cunho passivo e puramente reactivo.

Paralelamente, critica-se a inabilitação, considerada uma medida de carácter punitivo e, muitas vezes, inútil ou inoperante. Que, acrescenta-se, não resolveria os problemas suscitados naquelas hipóteses em que seja necessário realizar determinados actos no interesse do incapaz, os quais este se recusa a efectuar.

Ao lado dos pontos referidos, frisa-se ainda constituir a previsão genérica da invalidade dos actos do interdito uma fonte adicional de discriminação ou segregação – o chamado efeito de “engessamento”. Observa-se, nomeadamente, que poucos contraentes potenciais aceitarão expor-se ao risco de celebrarem com o incapaz negócios *sic* e *simpliciter* anuláveis.

Em termos mais gerais, faltaria no sistema italiano uma medida de protecção que comprimisse ao mínimo os direitos, tolhesse apenas o indispensável a iniciativa do sujeito portador de deficiências e visasse, no essencial, suprir os períodos de inércia por que aquele passe.

Por último, indica-se que certas normas que consagram “um tratamento de favor” para o incapaz, sobretudo aquelas que estabelecem a sua não imputabilidade em matéria de responsabilidade civil, contrastam com as orientações da moderna psiquiatria: a desresponsabilização (social, moral ou jurídica) do sujeito afectado nas suas faculdades mentais tem, consabidamente, nefastos reflexos anti-terapêuticos.

A proposta de Trieste e outras similares viriam a culminar, depois de um moroso processo, no projecto de Lei n.º 2189, já aprovado na generalidade pelo Senado [e tendo entretanto entrado em vigor]. O mote da lei – muito próxima da proposta de Trieste, compartilhando a filosofia subjacente, e reiterando as críticas ao direito vigente – é assim enunciado “a melhor tutela com a menor limitação”. Com efeito, tentou-se alcançar “um novo equilíbrio entre as exigências opostas de liberdade e de protecção da pessoa portadora de alguma inaptidão”, ou seja, pretendeu-se assegurar-lhe “[...] toda a liberdade possível e indispensável, e – quanto à protecção – conceder-lhe toda a necessária e retirar-lhe, ao contrário, aquela que é supérflua, danosa ou injusta”.

Vamos de seguida tentar descrever em traços largos os principais aspectos do novo regime, cotejando-o em muitos aspectos com a proposta de Trieste.

Desde logo, optou-se por inserir os novos preceitos legais no Código Civil (ao contrário de outras alterações operadas, onde o legislador tinha seguido a via da “descodificação”). Assim, o título XII do primeiro Livro, passou a denominar-se “Das medidas de protecção das pessoas privadas no todo ou em parte da autonomia”.

Já aqui, na escolha de uma terminologia diferente, se evidencia a preocupação (também presente na proposta de Trieste, que adoptava, entre outros, o termo pessoas “inaptas”: *diabili* – do inglês, *disability*) de utilizar termos putativamente isentos de qualquer conotação discriminatória ou pejorativa. Cuidado constante ao longo da lei, que fala em “*ammistrazione di sostegno*”, “*beneficiario*”, “*interessado*”, “*subite*”. Não é, porém, seguro – notaremos nós – que a realidade se deixe alterar pela simples proscricção de alguns vocábulos e a sua substituição por eufemísticas expressões (recorde-se, entre nós, o abandono das expressões “filhos espúrios” usada no Código de Seabra, e, por imposição constitucional dos “filhos legítimos e ilegítimos”, usada ainda no Código de 1966 [ou a substituição recente de “poder paternal” por “responsabilidades parentais”). De resto, a expressão “privadas de autonomia” não será muito feliz, e logo surgiu quem propusesse a sua substituição por “não auto-suficientes”.

Prevê a lei, como ponto central, um novo instituto – *l'amministrazione di sostegno* (“administração de amparo”). Esta configura-se como o modelo geral, bastante “maleável”, para a solução dos problemas “civilístico-patrimoniais” da generalidade das pessoas impossibilitadas (mesmo que parcial ou temporariamente) de proverem adequadamente à cura da própria pessoa ou dos seus interesses (art. 404 *Codice Civile*, nova redacção).

Em todo o caso, assinalar-se-á alguma restrição do campo de aplicação da medida em relação ao proposto em Trieste. Aí (art. 12, § 1, da proposta de reforma) incluíam-se todos aqueles que “careçam de ser protegidos nos actos da vida civil”. E exemplificavam os autores da proposta com os sujeitos afectados por enfermidades mentais, anciãos, portadores de deficiências físicas, alcoólicos, pessoas hospitalizadas por um longo período, presos, internados em “manicómios judiciários”, toxicodependentes.

A lei (na versão definitiva), diferentemente, refere apenas as pessoas “que, por efeito de uma doença ou de uma deficiência ou diminuição (*menomazione*) física ou psíquica ou por causa de idade avançada” se encontrem impossibilitadas de reger a sua pessoa e interesses (art. 404). E tem de se tratar de um maior ou menor emancipado, mesmo que interdito ou inabilitado, conquanto a lei preveja a hipótese de a “administração” ser decretada no ano anterior à maioridade, para ter efeitos quando o sujeito se tornar maior.

Não se deixará de notar, incidentalmente, a parecença da *facti-species* do art. 404 com a do § 1896 I do BGB. Com diferença da expressa menção à “idade avançada”. Cujá inclusão, *tout court* (sem alusão a qualquer patologia), poderá suscitar algumas reservas.

Legitimidade para intentar a acção tem o próprio sujeito beneficiário (ainda que menor, interdito ou inabilitado), o cônjuge, a “pessoa estavelmente convivente”, os parentes até o quarto grau, os afins até ao segundo grau, o tutor ou curador e o Ministério Público, nos

termos do art. 406 1, e da remissão aí contida para o art. 417. Este último preceito define a legitimidade para propor a interdição e a inabilitação, e foi igualmente alterado, incluindo agora também os próprios sujeitos e quem “conviva estavelmente” com eles. O que se pode perguntar é se o pedido de decretamento da “administração” não deveria caber só ao próprio sujeito interessado, em termos próximos da solução alemã. Frise-se, *a latere*, a importante inovação que se traduziu no relevo dado à “pessoa estavelmente convivente”, quer incluindo-a no círculo de legitimados, quer para efeitos dos arts. 408 1, 410 3, 411 3. Uma alteração idêntica teve lugar para a interdição e a inabilitação. Note-se ainda que a lei impôs – para alguns, um “excesso de zelo” – aos responsáveis dos serviços de saúde ou sociais envolvidos na cura e assistência da pessoa a obrigação de proporem ao juiz tutelar a abertura do processo ou então de informarem o Ministério Público dos factos relevantes para esse efeito (art. 406 3).

De um modo geral, o *amministratore di sostegno* detém poderes de representação legal no âmbito das funções que lhe foram confiadas, mais propriamente no domínio dos actos que o juiz, ao instaurar a “administração”, ao nomeá-lo, discriminou (art. 405 5, al. 3). O tribunal pode ainda indicar outros actos nos quais ele actuará como assistente (art. 405 5, al. 4). O âmbito ou extensão da medida é, assim, circunscrito pelo juiz, que fixa com grande discricionariedade o domínio e também a qualidade (se na veste de representante, se na veste de assistente) em que o administrador deverá actuar. Mais, o juiz tutelar pode alterar a todo o tempo, de ofício, a sua decisão precedente (art. 407 4).

Nos domínios, compreendidos no objecto da “administração”, o “beneficiário” fica privado da capacidade de exercício. Nos demais, mantém-na. Salvaguardada está sempre a sua capacidade para “realizar os actos necessários à satisfação das exigências próprias da vida quotidiana” (art. 409), a chamada “contratualidade mínima”. Como se repara, a lei italiana afasta-se, também neste particular, da solução alemã, onde, no âmbito de actuação do *Sachwalter*, o “assistido” conserva em princípio a sua capacidade, surgindo um domínio de actuação concorrente. A orientação do BGB parece preferível.

A sanção prevista, no art. 412 2 e 3, para os actos praticados pessoalmente pelo “beneficiário” em violação da lei ou do conteúdo da decisão que instituiu a “administração”, é a anulabilidade, detendo legitimidade para a respectiva acção o “administrador”, o “beneficiário”, os seus herdeiros, ou “*aventi causa*”, no prazo de cinco anos contados da data em que cessa a “administração” (!) (na proposta de Trieste, arts. 18 e 19, o prazo preclusivo de cinco anos contava-se da conclusão do acto).

Já se disse que a “administração” pode ser definitiva (*rectius*, por tempo indeterminado) ou temporária, cabendo ao juiz determinar a sua duração (art. 405 5 al. c).

Sendo temporária, admite-se a sua prorrogação, oficiosamente, pelo tribunal. Aqui, sobressai a divergência em relação à *sauvegarde* francesa (onde também se mantém a tutela e curatela) de carácter provisório (sucessivas prorrogações da *sauvegarde* são mesmo encaradas como constituindo uma fraude à lei).

A ampla margem de apreciação e decisão do juiz tutelar, que vimos constatando (e que nem sempre, porventura, estando salvaguardada convenientemente a actuação do princípio do contraditório), estende-se ainda a outros aspectos. Por exemplo, à possibilidade de adoptar de ofício providências urgentes, designadamente nomeando um “administrador” provisório (art. 405 4).

De um modo geral, são-lhe concedidos poderes muito vastos na condução do processo (art. 407), onde goza de quase plena liberdade instrutória (cfr. art. 407 3). Inclusive a decisão sobre a intervenção de um médico fica ao seu arbítrio (cfr. art. 407 3). Neste ponto, a lei italiana terá porventura ido longe de mais. Percebe-se a intenção subjacente de “desmedicalização”: a presença do médico pode, por vezes, ser encarada como “afrontosa” pelo paciente, quando não seja ele a solicitá-la (o que, ademais, pode suscitar conflitos deontológicos); quis-se “secularizar” e “desburocratizar” o mais possível o procedimento; pretendeu-se contrariar a tentação do juiz de se “desonerar” de decidir, seguindo o parecer, muitas vezes pouco inteligível, do perito. Contudo, algumas reservas não deixarão de se levantar na perspectiva das garantias do afectado e da responsabilidade (acrescida) do juiz tutelar.

Contêm-se ainda no espaço de decisão do juiz a nomeação do “administrador” (onde, em todo o caso, tem de intervir o Ministério Público, cfr. art. 407 5). Nessa sua decisão, pode afastar-se, segundo o art. 408 3, do elenco e preferências estabelecidos pela lei (a saber, nos termos do art. 408 1: o sujeito designado pelo interessado na previsão da sua futura incapacidade ou pelo progenitor supérstite com testamento, acto público ou escritura autenticada, o cônjuge que não esteja separado legalmente, a pessoa “estavelmente convivente”, o pai, a mãe, o filho ou irmão, os parentes até ao quarto grau).

Porém, o traço mais saliente da nova regulamentação consiste, talvez, na proeminência concedida, em numerosos e concretos aspectos, à cura e aos interesses do beneficiário, objectivo e justificação da “administração”. E também, ainda que num plano diferente, à sua vontade e iniciativa.

Destarte, o interesse e cura do próprio constituem o critério exclusivo na escolha do “administrador” (art. 408 1). Por outro lado, prevê-se a possibilidade de o julgador afastar certas normas da interdição e da inabilitação, supletivamente chamadas a integrar o regime da “administração” (art. 411 3), em atenção ao interesse do “beneficiário”. Durante o

processo, desde logo, o juiz tutelar deve ouvir pessoalmente o interessado e levar em conta as suas necessidades e pedidos, nos limites delimitados pelo seu interesse e protecção (art. 407 3).

Ao “administrador”, no desempenho das suas funções, foi imposto, especialmente, que tenha em conta as necessidades e aspirações do beneficiário (art. 410; com alguma semelhança, aliás, com § 1901 BGB). Que o informe tempestivamente dos aspectos atinentes à sua actividade. Que em caso de dissídio, informe o juiz tutelar. Além disso, o administrador deve, com a periodicidade decidida pelo juiz, relatar a este as actividades desenvolvidas e as condições de vida pessoal e social do beneficiário (art. 405 5 al. 6).

Ocorre, por outra banda, assinalar que o beneficiário (ainda que menor, interdito ou inabilitado) pode promover ele próprio a instauração da “administração” (art. 406 1). E, conforme referido, designar (melhor se diria indicar, porque o juiz pode afastar-se dessa escolha) a pessoa do “administrador” (art. 408). Ou promover o levantamento da administração, preenchidos os pressupostos da cessação (na epígrafe do art. 413 fala-se em revogação da administração). A lei confere-lhe ainda o direito, ao lado do Ministério Público e das outras pessoas legitimadas, de recorrer ao juiz tutelar, existindo divergências com o “administrador” ou negligência por parte deste (art. 410 2). Não menos importante: o “beneficiário” pode pedir a anulação dos actos do “administrador” – e também dos actos por ele próprio praticados, como ficou referido – em violação das disposições da lei ou excedendo o objecto da sua incumbência ou ofício, (art. 412 1 e 3). Legitimidade para arguir a anulabilidade detêm ainda o “administrador”, o Ministério Público, os herdeiros e os “*aventi causa*” do beneficiário, no prazo de cinco anos contados da data em que cessa a “administração” (!).

Por último, prevê-se um registo próprio e a anotação à margem do assento de nascimento do beneficiário da instauração e da revogação da “administração”. Como já sabemos de outras ordens jurídicas, designadamente da francesa, soluções mais “discretas” são possíveis.

Cabe agora aludir a alguns aspectos omitidos na nova lei.

Por um lado, nada se dispôs quanto à “procuração na previsão da incapacidade do representado”. Além de ser, porventura, necessária uma disciplina adrede pensada – e já se encontram esboçadas propostas de uma tal regulamentação –, não se coordenou tal possibilidade, nos termos em que ela já é viável, com a instauração da administração. Pode, nomeadamente, a sua existência evitar o decretamento da medida (como parece dever suceder e se previne, por exemplo, no direito tudesco).

Nada se contemplou sobre a retribuição do “administrador”, para além da disposição que proíbe novos ou maiores encargos para o orçamento do Estado (!). A experiência de outras ordens jurídicas mostra, no entanto, que esse é um problema candente.

Noutro domínio, o da incapacidade natural (“acidental”) plasmada no art. 428, não se seguiram as insistentes sugestões no sentido de fazer deslocar os pressupostos da anulabilidade da boa ou da má fé da outra parte (isto é, do facto de este se ter apercebido ou não da incapacidade), para os centrar no carácter prejudicial do acto. Porém, como muitos reparavam, uma protecção excessiva pode aqui revelar-se pior do que a ausência de protecção, enquanto leva à exclusão do sujeito.

Por último, não se tocou nas disposições referentes ao ilícito civil, à imputabilidade. Tão-pouco se aclarou se sobre o “administrador” recai um dever legal de vigiar o beneficiário, capaz de fundar uma responsabilidade daquele por actos danosos deste. Na proposta de Trieste tinha-se aventado, nesta matéria, considerar responsável mesmo a pessoa que não possuísse a capacidade de entender ou de querer no momento em que causou o dano (art. 41 da proposta de reforma). Responderia ainda, solidariamente, a pessoa encarregada da vigilância do incapaz, salvo se fizesse prova de que não pôde impedir o facto (art. 42). Ou seja, inverter-se-ia – mais em termos teóricos, que quanto aos resultados práticos, é certo – a orientação tradicional (mas já superada, por exemplo, em França) consagrada legalmente, de considerar por princípio irresponsável o incapaz. A solução sugerida era, porém, temperada pelo recurso à equidade (salvo nos casos em que a incapacidade derive de culpa do agente), podendo o juiz moderar o montante indemnizatório, tendo em conta, designadamente, a idade, a gravidade do estado de incapacidade e a condição económica das partes (art. 41, § 2).

Vejamos, para terminar, as alterações no âmbito da interdição e inabilitação.

A reforma legal acabou por preservar tais institutos, não obstante as aceradas críticas de que eram alvo. Há mesmo quem comente que o legislador se quis poupar ao difícil transe – ou não teve para isso coragem face a opiniões discordantes – de os abolir, esperando a sua “morte natural”.

Quanto à inabilitação, considerada “um meio substancialmente inócuo”, ao coexistir e “concorrer” com a *amministrazione di sostegno*, vê reduzido (ainda mais) o seu campo de aplicação prática.

A interdição, por sua vez, assumirá (crescentemente) uma função “residual”, *ultima ratio* reservada e vocacionada exclusivamente para situações de particular gravidade e irremissíveis ou irrecuperáveis, em suma, casos-limite.

Talvez o legislador alimentasse a esperança de que a nova figura da *amministrazione di sostegno* na sua filosofia inovadora “reverberasse” para os institutos tradicionais. Lidos então a outra luz, o seu entendimento e aplicação redefinir-se-iam.

Procurou-se, em todo ocaso, mitigar algumas das facetas tidas por malpropícias. Consagrou-se, nomeadamente, o carácter não obrigatório da pronúncia de interdição pelo juiz. Para isso, modificou-se a epígrafe do art. 414, substituindo “devem” por “podem” ser interditas. E, na parte final do corpo do artigo, lê-se agora “seja necessário para assegurar a sua adequada protecção”. Por outro lado, reconheceu-se legitimidade ao interessado para propor a acção de interdição ou de inabilitação (art. 417, nova redacção). Também se incluiu no círculo de pessoas legitimadas quem conviva estavelmente com aquele. Na escolha do tutor do interdito e do curador do inabilitado, deu-se preferência à “pessoa mais idónea”, mesmo com prejuízo da ordem ou do elenco legal.

Estas alterações apareciam já na proposta de Trieste. Onde ainda se acentuava a necessidade do tutor no âmbito da sua actuação ter em conta “a capacidade, inclinação natural e aspirações do incapaz”. Na mesma ordem de ideias, incluía-se, nesse documento, entre as “causas de remoção” do tutor a hipótese em que “foram, injustificadamente, descuradas as necessidades ou as requestas” do interdito.

A nova lei, seguindo a proposta de reforma, veio ainda (re)tocar a disciplina dos actos patrimoniais (do interdito e do inabilitado), no sentido de “aligeirar” a extensão da incapacidade.

Assim, abriu-se ao juiz a possibilidade de estabelecer na sentença de interdição, ou ulteriormente, certos actos de administração ordinária que podem ser realizados pelo interdito (art. 427, nova redacção). Tratando-se de um inabilitado, pode ser prevista na sentença, ou ulteriormente, a possibilidade de ele realizar actos que vão para além da mera administração ordinária, sem assistência do curador (art. 427, nova redacção).

Abriu-se um parêntese para fazer notar que esta última hipótese não se confunde com a possibilidade, desconhecida no direito italiano, mas existente entre nós, de na sentença de inabilitação se indicarem outros actos para além dos de administração carecidos de autorização do curador. Nem, muito menos, com a possibilidade que o nosso direito prevê, inexistente no direito italiano para a inabilitação, mas agora com um paralelo no âmbito da *amministrazione di sostegno*, de o curador administrar (representando) o património, no todo ou em parte, do inabilitado. Nestes casos, não se alarga a capacidade do inabilitado, antes ela é restringida.

Fechado este parêntese, sublinhe-se que o legislador italiano não acolheu a sugestão de facultar ao incapaz a realização pessoal dos “actos necessários a satisfazer as exigências da

vida quotidiana” (art. 27 da proposta de reforma de Trieste). Ressalva, porém, contemplada na *amministrazione di sostegno*, como já se explicou.

O regime dos actos pessoais ou pessoalíssimos do interdito e do inabilitado foi negligenciado, permanecendo o respectivo regime intacto. Demais, coloca-se a questão de se tal regulamentação se estende ao beneficiário da *amministrazione di sostegno*, por força da remissão contida no art. 411 4 (embora, já o sabemos, o juiz possa excluir, a todo o tempo, a aplicação ao beneficiário da administração de determinados efeitos ou aspectos do regime da interdição ou inabilitação). Haverá a tentação de fazer prevalecer o disposto no art. 409 1, que preserva a capacidade do beneficiário em tudo o que não esteja compreendido no objecto da administração. O ponto não se afigura, porém, líquido.

Certo é que o interdito por enfermidade mental continua a não poder contrair matrimónio (art. 85 *Codice Civile*). Diferentemente, a proposta de Trieste que previa que pudesse ser autorizado a celebrar casamento, por instância do mesmo ou do seu tutor, averiguada a não existência de condições impeditivas do desenvolvimento da vida conjugal (art. 29 da proposta de reforma).

Também persiste a incapacidade de testar (art. 591 2, al. 2). A proposta de Trieste admitia que o interdito pudesse ser autorizado a redigir testamento assistido pelo curador ou por um tutor nomeado apositamente. E o mesmo se aplicaria à revogação de um testamento anterior.

Tão-pouco, ante a actual lei italiana, um interdito ou um inabilitado podem doar (art. 774). Diferentemente, um regime análogo ao descrito para o testamento estava previsto para as doações do interdito e do inabilitado no art. 37 da proposta de reforma Trieste.

O reconhecimento de um filho natural efectuado pelo interdito era e é impugnável, nos termos do art. 266 *Codice Civile*, cuja abolição era sugerida (salvaguardando-se a impugnação por eventual falta de veracidade ou outros motivos gerais de invalidade).

Por último, e também contrariamente a diversas sugestões, a interdição e inabilitação permanecem causa de separação judicial de bens.

9. Entre nós, como se sabe, a Reforma de 77 (DL n.º 496/77) assumiu a tarefa de harmonizar as normas do Código Civil com a Constituição de 1976, em cumprimento do imperativo dimanante do disposto do n.º 3 do art. 293.º da Constituição (primeira versão). Impunha-se, no mínimo, a adaptação do Código Civil nas suas normas atinentes ao exercício dos direitos, liberdades e garantias, mas a reforma foi, nalguns aspectos, além desse objectivo.

Contudo, a Parte Geral do Código Civil, apenas sofreu muito limitadas alterações. E, em especial, o regime da interdição e da inabilitação mantiveram-se praticamente incólumes.

Também as normas referentes à capacidade do interdito e do inabilitado inseridas noutros locais sistemáticos permaneceram no essencial intocadas (por exemplo, a al. b) do art. 1601.º, referente à capacidade matrimonial, ou a al. b) do art. 2189.º, quanto à capacidade de testar).

As poucas e não muito relevantes modificações introduzidas resultaram sobretudo da tarefa de adequação a modificações operadas noutras matérias: quanto à fixação da maioridade aos dezoito anos, relativamente à idade núbil ou no que contendia com a nova regulamentação do poder paternal.

Ter-se-á entendido, portanto, que as restantes normas em causa se podiam manter face à nova Constituição...

No entanto, como já se referiu, e ao longo da exposição anterior ressaltou, a nossa lei civil não se furta a pesados reparos e até a dúvidas quanto à constitucionalidade de algumas das suas disposições. Mais, a sua concepção e filosofia subjacente mostram-se hoje desajustadas ou desfasadas.

Não se exagerará se se afirmar que é premente uma alteração do quadro legal nesta matéria. O legislador deve acompanhar a curto trecho o exemplo da generalidade das ordens jurídicas europeias, colhendo a sua lição. Quanto mais não seja pelos ventos de harmonização (e não se diz, intencionalmente, uniformização; cabe aliás notar que o ponto de partida é em Portugal distinto do de outros países) que sopram com intensidade.

Mas é sobretudo a nova realidade que o reclama: as necessidades são diferentes, como diferentes são os valores vigentes.

Por um lado, avultam a evolução demográfica e os desenvolvimentos da medicina, sobretudo o aumento da esperança média e da qualidade de vida, que exponenciaram o número de pessoas em situações de incapacidade ou de vulnerabilidade. A que se associam bem vincadas mudanças sociológicas: mobilidade crescente, mudança da estrutura da família, desmembramento da “grande família”, nova relação entre gerações, diferente repartição de tarefas entre o Estado e a família, a generalização das “pensões sociais”, etc.

Por outro, sobrepõem novas concepções culturais e éticas, mormente a consciência acerada da necessidade de proteger a dignidade do homem e os seus direitos essenciais, e a diferente percepção ou atitude face às doenças mentais.

Tudo a solicitar diferentes modos e instrumentos para lidar com semelhantes situações.

10. Precisamente aqui se insere, de resto, a Recomendação n.º R(99) 4, sobre os princípios relativos à protecção jurídica dos incapazes menores, do Comité de Ministros do Conselho da Europa. A recomendação foi adoptada em 23/02/1999, na sequência do projecto

do Comité Europeu de Cooperação Jurídica. Constata a disparidade da regulamentação legal dos Estados membros e a conseqüente necessidade de adopção de regras legais comuns. E enuncia, numa síntese muito feliz, os princípios que os Estados devem verter ou reforçar na sua ordem e prática internas nesta matéria (de protecção de natureza propriamente jurídica, como decorre do título da recomendação: não estão em causa o conjunto de medidas de segurança social ou dos serviços sociais).

A Parte I da recomendação começa por delimitar o seu campo de aplicação e preocupa-se em definir algumas das noções depois utilizadas ou subentendidas.

Aborda-se, em primeiro lugar, a problemática prévia da definição da expressão “maiores incapazes”. Para o efeito, incluem-se “todas as pessoas maiores que, em razão de uma alteração ou duma insuficiência nas suas faculdades pessoais, não estejam em condições de tomar, de forma autónoma, decisões relativas à sua pessoa ou aos seus bens, de as compreender, exprimir ou executar e, em consequência, não podem proteger os seus interesses” (I, 1.)

A incapacidade pode dever-se a um “*handicap* mental”, a uma doença ou a um motivo similar (por exemplo, resultante de um acidente ou de um estado de coma) (I, 2.). Considerou-se que a indicação de causas particulares (e a utilização de designações ou terminologia específicas) corria o risco de rápida obsolescência (ou de assumir uma conotação pejorativa – como, por exemplo, ocorreu com a expressão “pessoa atrasada mental”, usada na Declaração, de 1971, da Organização das Nações Unidas, que hoje se tenderá a substituir, algo eufemisticamente, por “pessoa com dificuldades ou deficiência na aprendizagem”). Também se prescindiu de abranger expressamente o abuso de bebidas alcoólicas ou de outras substâncias, assim como a prodigalidade, por se entender que tais situações, em si mesmas, não implicam necessariamente uma incapacidade, apenas eventualmente a ela conduzirão.

Mais importante que as causas subjacentes é a natureza da incapacidade. De acordo com a exposição de motivos, a incapacidade constitui um “conceito funcional relativo à aptidão para tomar decisões”, podendo ser parcial ou temporária. O ponto nodal ou axial é, pois, a capacidade de decidir. Mas estão ainda abrangidas as pessoas, ditas “vulneráveis”, igualmente carecidas de protecção, as quais, estando aptas a decidir, não são capazes de efectivar tais decisões (v.g., por incapacidade de comunicar ou de se exprimir, ou de delas se recordarem). E ainda as pessoas cujas decisões carecem em absoluto de racionalidade (embora a noção de racionalidade não seja usada neste contexto, pelo perigo de uma interpretação errónea que a entendesse como conformação às normas sociais predominantes). Ou extremamente influenciáveis e sugestionáveis.

No fundo, está em jogo a possibilidade de autonomia, entendida numa acepção larga

que reenvia para a “autenticidade do decidir” (supondo uma compreensão suficiente da importância e das consequências dos actos), avaliada em função do carácter, dos valores e da biografia da pessoa. Uma decisão autónoma deve estar isenta (*scl.*, não ser determinada) de coerção externa e de compulsão interna.

Circunscrito o campo de aplicação, enunciam-se seguidamente um conjunto de princípios (Parte II e Parte III). A saber, começando pelos “princípios rectores”:

- Respeito pelos Direitos do Homem.
- Flexibilidade da resposta jurídica.
- Máxima preservação da capacidade.
- Publicidade adequada.
- Necessidade e subsidiariedade.
- Proporcionalidade.
- Carácter justo (equitativo) e eficiente do processo.
- Proeminência do interesse e do bem-estar do incapaz.
- Respeito pelos desejos e sentimentos do incapaz.
- Consulta adequada.

Não cabe aqui uma análise profunda de cada um deles. Ficar-se-á por algumas observações, inspiradas na exposição de motivos da recomendação.

Preliminarmente, como primeiro princípio, erigido em fundamento de todos os outros, encontramos o respeito pelos Direitos do Homem, o respeito pela sua dignidade inviolável e pelas suas liberdades fundamentais. Logo no preâmbulo da recomendação, se lhe faz menção e se indicam alguns instrumentos normativos internacionais pertinentes (II, pr. 1). A necessidade da sua acentuação deriva (também) da situação particular de fraqueza ou vulnerabilidade em que se encontram os maiores incapazes. Reconhece-se, porém, que limitações dos direitos e liberdades fundamentais se mostram admissíveis onde o interesse das pessoas afectadas o justifique (II, pr. 1, parte final).

Em segundo lugar, recomenda-se a adopção de uma paleta de medidas e mecanismos jurídicos (diferencia-se entre medidas e mecanismos em função da pessoa ou órgão que tomou a decisão: uma medida é adoptada por uma autoridade judicial ou administrativa; um mecanismo provém do próprio ou de outra pessoa desprovida de funções judiciais ou administrativas) suficientemente flexíveis para permitir uma resposta jurídica apropriada aos diferentes graus da incapacidade e à variedade das possíveis situações, incluindo os casos urgentes (II, pr. 2, 1 e 2; cfr., ainda a recomendação R (91) 9). Pode tratar-se de diferentes tipos de medidas ou mecanismos ou de um único tipo de conteúdo variável, ou da combinação

de ambos os modelos. Aos direitos nacionais caberá a escolha.

Este princípio de “*souplesse*” implica, igualmente, que as medidas e mecanismos jurídicos previstos sejam simples e pouco onerosos (II, pr. 2, 3). O quadro legal deve, portanto, contemplar medidas limitadas a actos específicos ou a intervenções pontuais (“*one-off measures*” – situações onde não se requer a nomeação de um representante ou, pelo menos, de um representante com poderes gerais e permanentes (II, pr. 2, 5): haja em vista a assistência na venda de uma casa, ou consentimento para uma intervenção médica especial). Seriam também de aventar “medidas informais” para pessoas com recursos muito modestos, por exemplo, a administração da pequena pensão ou pecúlio do doente internado pela administração do hospital.

Para além de mecanismos de actuação conjunta entre o representante ou assistente e o sujeito a proteger, preconiza-se também a adopção de formas de representação conjunta (II, pr. 2, 6): a pessoa seria representada por dois ou mais representantes ou existiria um “representante supletivo”, o que asseguraria uma protecção acrescida e o concurso de competências diferentes.

Recomenda-se, além disso, a organização do sistema legal de modo a aí caber o reconhecimento alargado das disposições tomadas por uma pessoa enquanto plenamente capaz (II, pr. 2, 7). Para além de casos mais específicos, como a autorização de pagamentos ou levantamentos bancários a certa pessoa ou a abertura de contas conjuntas, teve-se sobretudo em vista o mandato e a procuração (de conteúdo geral ou alargado) na previsão da incapacidade. Os direitos nacionais deverão, se necessário, consagrar um regime especial, prevendo a subsistência do mandato e dos poderes em caso de incapacidade do mandante, e salvaguardando a execução correcta do mesmo no interesse do incapaz.

Por último, menciona-se a vantagem do reconhecimento das funções exercidas *de facto* pelos membros da família ou outras pessoas (por exemplo, por quem viva em união de facto ou economia comum, para utilizar expressões que nos são familiares) nos assuntos do maior incapaz (II, pr. 2, 8). Estão particularmente em foco decisões de alcance menor ou de rotina acerca do bem-estar ou saúde do incapaz. Neste âmbito, haverá que prever a validade e eficácia de tais actuações com base num poder legalmente atribuído (as disposições sobre a gestão de negócios podem aqui revelar-se insuficientes).

Conjugando-se com o princípio descrito, que constitui condição da sua prática realização, está o princípio da máxima preservação da capacidade (II, pr. 3).

Assim, dentro das medidas ou mecanismos previstos, alguns não deverão implicar, automaticamente, a restrição da capacidade da pessoa protegida (II, pr. 2, 4). Nomeadamente quando a pessoa se encontra condenada à (total) inactividade ou passividade, não havendo o

risco de assumir vinculações ou obrigações, de índole legal ou negocial, prejudiciais.

Em especial, as medidas adoptadas não devem conduzir, *per se e in totu*, à incapacidade jurídica. Só em casos limite se justificará tal extremo. Demais, supõe-se que nunca será necessária a restrição da capacidade no domínio de certas decisões pessoais: no respeitante à capacidade de votar, de casar, de testar, de consentir ou recusar tratamento médico ou outras intervenções no domínio da saúde (II, pr. 3, 2). Tais actos deverão depender da existência de capacidade aferida no momento da sua prática e por referência ao específico domínio ou decisão.

O representante do maior incapaz deverá mesmo encorajá-lo a agir por ele próprio, mormente realizando actos específicos ou dentro de um domínio específico, por acordo entre ambos (II, pr. 3, 3; cfr. ainda art. 6.º, 3, da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina).

Quanto à delicada questão da publicidade das medidas de protecção, prescindindo-se de uma indicação precisa, recomenda-se (II, pr. 4) sopesar as vantagens de protecção do incapaz e de terceiros com os seus inconvenientes (sobretudo – pode juntar-se – o risco de “etiquetagem” ou estigmatização).

Os princípios da necessidade e da subsidiariedade (ou, numa fórmula única, “princípio da intervenção necessária mínima”), enunciados subsequentemente no pr. 5, ocupam um lugar chave na economia da recomendação. Deles decorre que a medida tomada há-de ser necessária no caso concreto – *scl.*, necessária para a protecção (perante um perigo ou prejuízo ou mesmo a perda de uma vantagem ou oportunidade) do maior, dos seus interesses e do seu bem-estar (II, pr. 5, 1, primeira parte). E que, afirmada a necessidade, não exista um outro mecanismo menos formal (mesmo a assistência por familiares ou outras pessoas, por uma autoridade pública, ou por diferentes meios) que possa ser adoptado ou empregue em vez da medida legal.

Porém, não está excluído (II, pr. 5, 1, segunda parte) que seja tomada uma medida não estritamente necessária (pelo menos no momento presente) com o consentimento (válido) do sujeito (por exemplo, numa fase inicial de uma doença degenerativa).

Igual importância reveste o princípio da proporcionalidade (II, pr. 6), também dito “princípio da solução menos constrangedora”. Exige ele que a medida restrinja a capacidade jurídica e os direitos e liberdades da pessoa apenas no que for necessário para atingir os objectivos visados (II, pr. 6, 2). A medida deve, pois, estar proporcionada ao grau de incapacidade e às circunstâncias pessoais – a “*tailor-made response*” (II, pr. 5, 1). Intervenções “automáticas” com uma amplitude “rígida” não perfazem, certamente, tal exigência (pense-se na interdição no sistema português).

Logo depois (II, pr. 7), impõe a recomendação um processo justo (*“equitable”*) e eficaz para adopção das várias medidas de protecção. O carácter justo ou equitativo tem sobretudo a ver com o desenrolar do processo, implicando nomeadamente regras adequadas para o inquérito e a avaliação (cfr. pr. 12). A eficácia está, por sua vez, ligada à questão da iniciativa ou legitimidade processual.

Os princípios seguintes (prs. 8 e 9) consagram a proeminência dos interesses e do bem-estar (expressão pedida emprestada à Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina) do maior incapaz e o respeito dos seus desejos e sentimentos.

O primeiro deve perpassar todos os aspectos do regime previsto. Destaque-se que ele há-de reger a administração dos bens do incapaz, a qual terá em vista a sua cura e melhoria da qualidade de vida. E deve, desde logo, constituir o critério de escolha do representante ou assistente (II, pr. 8, 2), em particular em situações de real ou eventual conflito familiar. Pode ainda ser que o interesse do incapaz não recomende uma administração *“ultraconservadora”* do seu património, centrada na sua preservação.

Nestes aspectos, ele enlaça-se estreitamente com o respeito pelos desejos e sentimentos expressos (anterior ou actualmente) pelo incapaz, que serão levados devidamente em conta (II, pr. 9). Uma vez designado, o representante tem, em especial, de informar e ouvir o incapaz em todos os assuntos relevantes (II, pr. 9, 3).

Pode, evidentemente, em certos casos os interesses (objectivamente apreciados) do incapaz conflituarem com a sua vontade real ou conjectural. A solução de tal conflito não se deixa conter numa fórmula geral e estrita. Na recomendação adoptou-se a expressão *“respeitar devidamente”*, que contém, claro, uma não desprezível liberdade de apreciação.

O último princípio (material) impõe, dentro do razoável e possível, quer na instauração, quer no funcionamento da medida de protecção, ouvir ou consultar o círculo de pessoas próximas e com interesse particular no bem-estar do incapaz (pr. 10).

No que concerne aos princípios processuais (Parte III da recomendação), os quais aqui vamos apenas aflorar, começa-se por consagrar a ideia de que a enumeração das pessoas com legitimidade ou que podem suscitar um processo conducente à instauração de medidas de protecção deve ser suficientemente lata para garantir serem essas efectivamente tomadas sempre que se mostrem necessárias (III, pr. 11, 1). Para tal fim, pode mostrar-se útil ou necessário incluir no círculo de legitimados agentes ou órgãos do Estado. O interessado deve figurar entre tais legitimados.

Encarar-se-á, de resto, este aspecto como um corolário do princípio da efectividade do processo, atrás enunciado.

Instaurado o processo, a pessoa afectada pela eventual medida há-de ser devidamente

informada, a menos que isso seja manifestamente inútil ou comporte um sério perigo para o seu estado de saúde (III, pr. 11, 2; cfr., ainda, art. 6, 1 e 3.a da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais).

Por outro lado, quanto ao inquérito e avaliação (III, pr. 12, 1), deverão ser previstos mecanismos apropriados para apurar e avaliar as faculdades pessoais do maior. Trata-se de um elemento da “equidade” do processo. A intervenção de peritos, e a ponderação dos seus relatórios e pareceres escritos, é sempre exigível quando se trate de uma medida mais formal com incidência na capacidade do sujeito (III, pr. 12, 2; cfr., a este propósito, o disposto na Declaração dos Direitos do Deficiente Mental da ONU).

Consagra-se também, como garantia processual específica, o direito do afectado de ser ouvido pessoalmente (III, pr. 13; cfr., sobre o “direito de audiência”, a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e a jurisprudência da Comissão Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem).

As medidas de protecção terão, em termos gerais, uma duração limitada e serão regularmente revistas (III, pr. 14, 1 e 2, primeira parte), em função das modificações das circunstâncias (seja o estado de saúde, seja a modificação do património, seja se houver uma mudança de residência, seja se sobrevirem outros factos relevantes). A periodicidade da medida será a fixada, por exemplo, pela autoridade que as estatuiu, mas com a possibilidade de o próprio incapaz suscitar a sua revisão. A sua cessação ocorrerá logo que cessem os respectivos pressupostos (III, pr. 14, 2, segunda parte). Devem ser previstas vias de recurso apropriadas (III, pr. 14, 3; ver ainda o disposto na Declaração dos Direitos do Deficiente Mental da ONU).

Disponível deve, semelhantemente, estar a possibilidade de aplicar medidas provisórias em caso de urgência (III, pr. 5).

Impõe-se ainda um sistema adequado (e equilibrado, portanto não demasiadamente pesado ou até dissuasor) de controlo, quer da aplicação das medidas, quer das decisões dos representantes do sujeito (III, pr. 16).

Pretende-se, por outra banda, garantir a existência de pessoas qualificadas que assegurem a representação e a assistência dos maiores em situação de incapacidade, nomeadamente pela criação de associações ou outros organismos capazes de fornecer e formar tais pessoas (III, pr. 17).

Na Parte IV da recomendação, dispõe-se acerca do papel dos representantes. Reconhecendo a utilidade, em certos casos avulsos, da concessão legal de poderes, por exemplo no âmbito da *negotiorum gestio*, a determinadas pessoas para agir em vez do incapaz, frisa-se que tais poderes não devem privar este último da capacidade jurídica (IV, pr.

18, 2), mas ter só uma natureza complementar. Por outro lado, tudo isso não obstará à declaração de uma medida de protecção (IV, pr. 18, 3). E será necessário assegurar o controlo judicial de tais intervenções de terceiros (IV, pr. 18, 1).

Deixa-se ao direito interno a determinação daqueles domínios de natureza estritamente pessoal em que representação estará afastada (IV, pr. 19, 1). Nalguns campos não haverá grande dissídio: pense-se no voto, casamento, reconhecimento de um filho, adopção. Mais controversas – e, portanto, díspares as soluções – serão as hipóteses de modificação ou revogação de um testamento, de realização de uma doação, do pedido de divórcio. Pertence igualmente a cada um dos Estados a indicação das decisões do representante, sobre questões importantes, que terão de ser especificamente aprovadas por um tribunal ou outro órgão (IV, pr. 19, 2).

Por fim, enuncia-se que os representantes devem responder no exercício da sua missão pelos danos, que lhes sejam imputáveis, causados ao incapaz (IV, pr. 20, 1), especialmente em caso de dolo ou negligência e maus tratamentos (IV, pr. 20, 2). Os termos gerais da responsabilidade deverão, no entanto, ser adaptados ao carácter e princípios que regem a actividade dos representantes (IV, pr. 20, 1). Seria, de resto, desejável a existência de um seguro obrigatório neste domínio.

Indica-se também (IV, pr. 21, 1), ponto na prática muito importante, a necessidade de prever a remuneração dos representantes e o reembolso das despesas realizadas por estes, distinguindo, eventualmente, entre aqueles que actuam a título profissional e os demais, e entre gestão pessoal e patrimonial (IV, pr. 21, 2).

A Parte V da recomendação é dedicada às intervenções no domínio da saúde, aspecto que aqui temos de omitir.

Constata-se com facilidade que muitos aspectos da recomendação analisada dificilmente se compatibilizam com o nosso direito (interno).

11. Formulem-se, por último e na sequência do anterior, algumas propostas para uma reforma mínima (imprescindível) do nosso direito. Tudo muito sintética e incompletamente, em forma de apontamentos.

A sua filosofia geral já foi suficientemente explicada. Em pano de fundo, como primeiro objectivo, há-de estar a protecção do sujeito afectado. Tratar-se-á, antes de mais, de lhe conceder ajuda ou assistência (de um verdadeiro “direito ao auxílio” se pode aqui falar) sempre que dela careça.

A “assistência” em causa, quando implique uma restrição directa ou indirecta da autodeterminação do sujeito ou uma hétero-determinação, deverá mostrar-se estritamente

necessária; será sempre dominada pela ideia da proporcionalidade: apenas terá lugar se, e na medida em que, responder às exigências da necessidade, da adequação, e puder razoavelmente ser imposta ao interessado. E deve assumir um papel subsidiário (mas em todo o caso de controlo) em relação à intervenção família e à ajuda social voluntária (como, aliás, decorre do princípio que a seguir se enuncia).

Assim, as medidas previstas na lei terão de ser mais flexíveis e personalizadas. “Medidas ‘sob medida’”. E abrangerão um domínio muito vasto de situações. Será, salvaguardada a necessária protecção, o menos possível intrusiva e ablativa da capacidade.

Não se insistirá nestas orientações gerais, que de resto reunirão consenso. Tentar-se-á de seguida esboçar algumas concretizações (quanto a aspectos do regime a adoptar, quer aspectos gerais, quer concretos).

Antes de tudo, indique-se que a regulamentação (da protecção civil dos maiores) deve, no substancial, continuar a integrar o Código Civil, não devendo deste ser “desentranhada”. É essa a sua *sedes materiae* própria, como se explicou

A grande opção com que se depara (como o mostra a lição do direito comparado) consiste, estremando os termos, em saber se deve operar, chamemos-lhe assim, uma reforma radical ou preferir uma reforma que mantenha os institutos tradicionais (reformados). Ou seja, há que abolir a interdição e a inabilitação e substituí-las por um nova figura único, mas profundamente flexível, ou uma série de figuras também novas? Ou manter aqueles institutos (modificados nos aspectos mais malpropícios), prevendo um outro que os complemente?

Poderá pensar-se que, retocando o regime da inabilitação, mais dúctil entre nós que no sistema do *Codice Civile* de 42, se alcançará a maior parte dos desideratos em causa. Mormente, acrescentando a possibilidade de ficarem discriminados na sentença actos de disposição que o inabilitado possa praticar livremente. Marcar-se-ia, deste modo, mais o fosso ou fractura que já separa o regime da inabilitação do regime da interdição, reservada esta última definitivamente para casos extremos.

Nesta linha de pensamento, notar-se-á que, pela aplicação do art. 127.º, nomeadamente da al. b) do seu n.º 1, já se admite o interdito e o inabilitado a praticarem actos “mínimos” da vida quotidiana, chamemos-lhe o “mínimo existencial” (tal possibilidade não está directamente prevista na lei italiana, ainda em vigor, nem para os menores!).

Ademais, a circunstância de os negócios realizados pelo inabilitado ou pelo interdito, no âmbito das respectivas incapacidades, serem meramente anuláveis, abre-lhes, na prática, a possibilidade de praticarem o acto, estando este submetido tão-só à “intervenção sindicante”, *a posteriori*, do tutor ou curador, que eventualmente intentarão uma acção de anulação, mas que poderão mesmo confirmar o acto ou, simplesmente, conformarem-se com ele.

Porém, julgamos que o anterior (uma “reforma mínima”) não satisfaz. Já ficaram referidos os efeitos deletérios da interdição e da inabilitação, como a nossa lei as configura. Tais institutos têm associado um pesado lastro “sancionatório”, constituindo causa de suspeita e descrédito social (mesmo a previsão de um sistema de uma publicidade e acesso restritos da sentença que as decreta, assim como a outras medidas, não satisfará totalmente). *Primum non nocere*, pode também aqui invocar-se. A sua eventual supressão ou rejeição para um lugar secundário terá, pois, um inegável significado e valor (simbólico).

Depois, nem um nem outro constituem uma medida adequada nas hipóteses de distúrbios de menor duração (ou provisórios, mas não episódios ocasionais, para os quais intervirá o art. 257.º) ou bem circunscritos a certos domínios ou tipos de actos.

Não se encontra no nosso sistema, como se sublinhou, uma medida vocacionada para suprir tais “incapacidades”, uma medida que assegure, nessas hipóteses, a assistência e o auxílio necessários, temporária e especificamente. Evidencia-se aqui um “vácuo legal”, insusceptível de ser preenchido pelo regime da incapacidade acidental que apenas perfaz, já se disse, a função de “instância sindicante” dos actos realizados pelo “incapaz”.

De um modo geral, impõe-se contemplar todas as situações em que um maior necessita de auxílio e protecção, sem estar em causa propriamente uma doença mental grave ou permanente ou, sequer, uma incapacidade (cabe advertir que, como alguém manifestou, que se corre o “risco de contágio”: começa-se por falar em doenças mentais ou incapacidades e rapidamente se alarga o campo a outras doenças físicas, a “vicissitudes acidentais”, a certas situações na velhice, etc.).

Optando-se por manter a interdição e a inabilitação (esta porventura numa posição “precária”, num “magro intervalo”, entre a interdição e a “assistência”), haverá que suprimir – pelas razões expostas e à semelhança do que aconteceu na nossa ordem jurídica quanto a outras discriminações fruto de preconceitos em relação a tais pessoas –, de entre os seus pressupostos a surdez-mudez e a cegueira.

Por outro lado, convirá mencionar que a interdição e a inabilitação, como outra ou outras figuras que se prevejam, abrangem os emancipados.

Deverá ainda incluir-se entre os legitimados para a proposição da acção (e do levantamento da medida, como já sucede; conquanto o prazo “de prova” previsto no art. 155.º deva ser encurtado) o próprio sujeito e as pessoas que com ele “convivam estavelmente” (a quem do modo geral se deve reconhecer uma “intervenção” mais lata, num paralelo com o “representante de facto” do menor, aquelas pessoa a cuja guarda o menor esteja de facto, segundo o art. 1915.º, n.º 1) ou “viva em condições análogas à de um cônjuge” (ao passo que o

cônjuge divorciado ou separado carecerão, como já se deve entender face à actual lei, de legitimidade).

Explicitar-se-á, por fim, ser o interesse do afectado, e exclusivamente este, a determinar o decretamento (não obrigatório) da incapacidade ou de qualquer medida de protecção.

E, quanto aos efeitos, abrir-se-á, prevendo um processo próprio que assegure a seriedade e liberdade do acto, a possibilidade de os interditos e os inabilitados (por anomalia psíquica) casarem. Assim, como a faculdade de testarem e realizarem outros actos pessoalíssimos, sob certas condições e cautelas.

Especialmente quanto à interdição, caberá prever a possibilidade de o juiz discriminar, na sentença ou posteriormente, certos actos para os quais o interdito tenha capacidade ou só careça de assistência, no âmbito de uma capacidade remanescente (ainda que muito reduzida).

Na inabilitação, ou em medida semelhante, deverá tornar-se claro que o abuso de bebidas alcoólicas e estupefacientes (melhor seria dizer dependência; de resto, dificilmente se falará de um uso normal de estupefacientes) e a habitual prodigalidade têm de ser expressão de uma patologia (psíquica), ou nela desembocar, para constituírem causa de inabilitação. Mas, nessa medida e em última instância, a sua menção revelar-se-á até supérflua. E desajustada: não se vê por que discriminar quem abusa de tais substâncias em relação a outras hipóteses de dependência. Por outro lado, a inabilitação de toxicodependentes poderá mesmo conflitar com o imperativo da sua cura: o reconhecimento (manutenção) da sua capacidade pode ter um valor terapêutico; a sua supressão tenderá a acentuar as tendências associadas; o necessário anonimato do tratamento e a inserção social encontrarão aí um obstáculo.

Deixará também de se delimitar os interesses tutelados pela menção ao aspecto económico ou patrimonial (cfr. art. 152.º, parte final, cuja redacção actual é em todo o caso preferível à do *Codice Civile* que refere, no art. 415, aos “graves prejuízos económicos” a que o inabilitando se exponha, a si ou à sua família).

Em especial, a habitual prodigalidade como fundamento (autónimo) de inabilitação ou doutra medida restritiva da capacidade deverá ser suprimida. Com efeito, como sublinha parte da doutrina estrangeira, ela releva de uma noção de valor pessoal e aceitação social colada a parâmetros de bem-estar económico que não se podem hoje aceitar. Depois, mesmo sob o aspecto exclusivamente económico, muitas vezes só intervirá tarde, isto é, quando o património já foi em larga medida delapidado. Por outro lado, a ideia de salvaguardar expectativas hereditárias, que lhe possa subjazer, não se coaduna com a proeminência ou exclusividade que tem de assumir a pessoa do inabilitando. Acresce que a tutela de tais interesses, se legítima, só é eficaz num sistema económico e social centrada na propriedade

imobiliária e na sua transmissão, hoje insubsistente. Também o modelo e as funções da família que estão na origem do instituto, e ainda nos nossos dias são invocadas, não têm mais tradução real. Note-se, aliás, que o cônjuge do pródigo pode requerer, para sua tutela, a separação judicial de bens. E sempre persistiria a eventual violação do princípio da igualdade de tratamento (só justificável se ditada no interesse exclusivo do incapaz) que a inabilitação por prodigalidade pode implicar segundo tal lógica: entre dois sujeitos igualmente (in)capazes será pedida a inabilitação do que tenha maior património.

Quanto a um eventual novo instituto de “assistência” (descurando aqui uma outra melhor designação) ou a várias figuras “gradativamente” previstas, a respectiva configuração dependerá de manter ou não a interdição e a inabilitação. Se estas subsistirem, evidentemente que as hipóteses de “assistência” serão menos latitudinárias, de fora ficarão os casos de doenças ou deficiências psíquicas graves, já incluídos naqueles. Por comodidade de exposição, alude-se de seguida apenas às hipóteses não abrangidas pela interdição e pela inabilitação. De resto, como se notou, muito do que se sugeriu para estas orientará também o regime da “assistência”.

A sua *facti-species* será, em todo o caso, alargada a vulnerabilidades físicas (a protecção terá de ser requerida pelo próprio, a menos que não esteja em condições disso). Podendo o “assistente” nem ter poderes de representação ou assistência. A qualidade, assim como a duração, será determinada pelo juiz. Contemplar-se-á a possibilidade de a outorga de poderes de representação legal não afectar a capacidade (do representado). A prática de actos pessoais estará (sempre) salvaguardada. Assim como o “‘mínimo’ (máximo) existencial”.

E frisar-se-á a sua subsidiariedade ante um quadro familiar (ou análogo) intacto; subsidiariedade ainda em face de disposições (prévias) do próprio (mormente procuração). Por fim, em geral, será dada ampla relevância à vontade e desejos do sujeito afectado.

Prever-se-á ainda a nomeação de um curador especial, em caso de crise, como sucede na hipótese de ausência (é, aliás, curioso e significativo que entre nós nunca se tenha nunca tenha aventado a possibilidade de estender o regime dos arts. 89.º e ss. a outras hipóteses).

Urge também, por fim, regulamentar – para promover, alargar o âmbito de aplicação e rodear de garantias, a chamada “procuração na previsão da incapacidade” – os poderes de representação assim concedidos destinam-se a perdurar ou estão suspensivamente condicionados à incapacidade (de facto) de quem os concede para curar os seus interesses ou assuntos.

De um modo geral, como corolário do princípio da subsidiariedade, a adopção de medidas de protecção ficará condicionada à verificação da insuficiência deste meio para prover à cura do interessado. Mesmo a nomeação de um “assistente”, curador ou

representante não acarretará automaticamente a extinção do mandato, devendo as suas implicações sobre este ser reguladas pelo juiz quando instaurar a medida. Possível será a nomeação de um curador para, especificamente, fiscalizar a actividade do mandatário. E este deverá prestar periodicamente contas da sua actividade. Os seus poderes extinguir-se-ão ou serão modificados por decisão do tribunal, não podendo a procuração depois de sobrevir a incapacidade ser revogada (livremente) pelo seu autor.

O conteúdo da procuração em causa presumir-se-á geral, mesmo excedendo a administração ordinária (não valerão assim as regras contidas no art. 1159.º). Será, porventura, necessário prever uma forma especial, não demasiado onerosa, mas porventura requerendo a intervenção do notário ou outra entidade pública, e a adequada publicidade aplicável em todos os casos a tal procuração ou mandato.

Bibliografia

- ANDRADE, MANUEL D.,
– *Valor do acto realizado por demente antes de instaurada a acção de interdição*, in *Revista dos Tribunais*, ano 72º (1954), págs. 258 e ss.
- BIANCA, C. M.,
– *Diritto civile*, I, Milano, 1993
- Bruscutta, L.,
– *infermità mentale e capacità di agire*, Milano, 1971
– *L'interdizione per infermità di mente*, Milano, 1983
- BÜCHER, A.,
– *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, Basel/ Frankfurt am Main, 1986
- CARBONNIER, J.,
– *Droit civil, introduction, les personnes*, Paris, 1987
- CENDOM, P.,
– *Il prezzo della follia*, Bologna, 1984
- CENDON; P. (com a colaboração de M. BUSSANI, L. GAUDINO, A. VENCHIARUTTI),
– *Infermi di menti e altri “disabili” in una proposta di riforma del codice civile*, in *Giurisprudenza italiana*, 140 (1988), págs. 117-142
- COMMENTARIO AL CODICE CIVILE, diretto de Paolo Cendom, UTET, vol. primo (artt. 1-445), Torino, 1991
- CORDEIRO, J. C. DIAS,
– *Manual de psiquiatria clínica*, Lisboa, 1986

- CORREIA, FERRER/CORREIA, EDUARDO,
– *Fundamento da interdição por demência*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 86º (1954), págs. 289 e ss.
- COSTA, A. CAMPOS,
– *Breves notas sobre a menoridade e as incapacidades no anteprojecto do Código Civil (1ª revisão ministerial)*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 133 (1964), págs. 5 e ss.
– *Incapacidades e formas do seu suprimento. Anteprojecto do Código Civil*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 111 (1961), págs. 195 e ss.
- CYPIONKA, B.,
– *Fortfall der Entmündigung Volljähriger – Auswirkungen auf den Rechtsverkehr*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, págs. 207 e ss.
- DAMRAU, J.,
– *Das Österreichische Gesetz über die Sachwalterschaft für behinderte Personen*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1984, págs. 236 e ss.
- DE CUPIS, A.
– *La solidarietà umana nel diritto civile*, in *Rivista di diritto civile*, 1985, págs. 621 e ss.
- DE VINCENTIS, G./CALLIERI B./CASTELLANI, A.,
– *Trattato di psicopatologia e psichiatria forense*, II, Roma, 1972
- DIEDERICHSEN, U.,
– *Zur Reform des Vormundschafts- und Entmündigungsrechts in Bundesrepublik Deutschland*, in *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, Zürich, 1989
- DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A.,
– *Sistema de derecho civil*, I, Madrid, 1988
- DONISI, C.,
– *Verso la “depatrimonializzazione” del diritto privato*, in *Rassegna di diritto civile*, 1980, págs. 644 e ss.
- Eißer, G.,
– *Die Entmündigung nach deutschen Recht. Mit rechtsvergleichenden Bemerkungen. Zugleich ein Vorschlag zur Rechtserneuerung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 146 (1941), págs. 219 e ss.
- ENT, H./HOPFT, G.,
– *Das Sachwalterrecht für behinderte Personen*, Wien, 1983
- FERNANDES, BARAHONA,
– *Os limites da Psiquiatria*, in *O Médico*, nº 115 (1973), págs. 159 e ss.

- FONSECA, A. F., *Psiquiatria e psicopatologia*, Lisboa, 1985
- FORCHIELI, P.,
– *Infermità di mente, interdizione e inabilitazione*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di Francesco Galgano, Libro primo (art. 414-432), Bologna/Roma, 1988
- FOUCAULT, M.,
– *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, 1982
- GEBAUER, G.,
– *Die Lehre von der Teilgeschäftsunfähigkeit und ihre Folgen*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 153, págs. 332 e ss.
- GERnhuber, J.,
– *Der Senior und sein Zwangsvermögenspfleger*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1976, págs. 186 e ss.
– *Lehrbuch des Familienrecht*, München, 1980
- GETE-ALONSO, M.^a DEL C.,
– *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Madrid, 1985
- GORBEAUX, G.,
– *Les personnes*, in *Traité de droit civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, Paris, 1989
- GORDILLO, A.,
– *Capacidad, incapacidades Y estabilidad de los contratos*, Madrid, 1986
- Göppinger, H./Witter, H.,
– *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, I, II, Berlin, Heidelberg, New York, 1972
- HIPPEL, E.,
– *Der Schutz der Schwächeren*, Tübingen, 1982
- HOLZHAUER, H./BRUDER, J.,
– *Empfiehl es sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegschaft über Erwachsene sowie das Unterbringungsrecht neu zu ordnen?* – Gutachten B/C zum 57. Deutschen Juristentag
- HOUIN, M. R.,
– *Les incapacités*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 45 (1947), págs. 383 e ss.
- Hörster, H. Ewald,
– *A parte geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil*, Coimbra, 1992
- Jürgen, A./Kröger D./ Marschner R./Winterstein P.,
– *Das neue Betreuungsrecht. Eine systematische Darstellung des ab 1. Januar 1992 geltenden Betreuungsrecht*, München, 1992

- LETE DEL RIO, J. M.,
– *Derecho de la persona*, Madrid, 1986
- LIMA, F. A. PIRES
– *Filiação, poder paternal, tutela de menores, emancipação e maioridade. projecto de reforma*, Coimbra, 1945 (separata do *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. xx)
- LISELLA, G.,
– *Fondamento dell'interdizione per infermità mentale: dottrina e giurisprudenza*, in *Rassegna di diritto civile*, 1980, págs. 497 e ss.
– *Interdizione per infermità mentale e situazione giuridiche esistenziali*, in *Rassegna di diritto civile*, 1982, págs. 738 e ss.
- Lissella, G.,
– *Interdizione “giudiziale” e tutela della persona. Gli effetti dell'incapacità legale*, Napoli, 1984
- MASSIP, J.,
– *La réforme du droit des incapables majeurs*, I, Paris, 1983
- MAYER-MALY, T.,
– *Die Grundlagen der Aufstellung von Altergrenzen durch das Recht*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1970, págs. 617 e ss.
- NAPOLI, E. V.,
– *L'infermità di mente, l'interdizione, l'inabilitazione*, in *Il Codice Civile, Commentario*, diretto da Fiero Schlesinger, Artt. 414-432, Milano, 1995
- OLIVEIRA E SILVA, J.,
– *O homem e as suas perturbações mentais no direito civil português*, in *Revista da Ordem dos Advogado*, ano 22 (1962), págs. 82 e ss.
- PAES de SOUSA, A.,
– *Da incapacidade jurídica dos menores, interditos e inabilitados no âmbito do Código Civil*, Coimbra, 1979
- PALANT BÜRGERLICHES GESETZBUCH, 53. Aufl., 1995
- PERLINGIERI, P.,
– *Gli istituti di protezione e di promozione del “infermo di menti”. A proposito dell'andicappato psichico permanente*, *Rassegna di diritto civile*, 1985, págs. 46 e ss.
- PINTO, C. MOTA,
– *Teoria geral do direito civil*, Coimbra, 1990 *Valor dos actos jurídicos dos demente*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XII (1965), págs. 1 e ss.
- POGGESCHI, R., *Interdizione e inabilitazione*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VIII

- RIGOT-MÜLLER, H.,
– *Droit et folie: Une irresponsable responsabilité du dément en droit civil*, in *Archives de Philosophie du Droit*, tome 36, págs. 265 e ss.
- SAVATIER, R.,
– *Le risque, pour l'homme, de perdre l'esprit et ses conséquences en droit civil*, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1968, págs. 110 e ss. (Chronique. – XIX)
- SCARDULLA, F.,
– *Interdizione – a) Diritto Civile*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXI
- SORACE, S.,
– *Interdizione – b) Diritto Processuale Civile Interdizione*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXI
- Szasz, T.,
– *Recht, Freiheit und Psychiatrie*, Wien, München, Zürich, 1978
- TELES, J. GALVÃO,
– *Breves considerações sobre exames no processo de interdição por demência*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano II (1946-1947), págs. 131 e ss.
- UN ALTRO DIRITTO PER IL MALATO DI MENTE, a cura di Paolo Cendom, Napoli, 1988
- VENCHIARUTTI, A.,
– *Infermità di mente e diritto privato*, in *Rivista di diritto civile*, 1984, págs. 598 e ss.
– *Infermità di mente*, in *Rivista di diritto civile*, 1991, págs. 145 e ss.
- WeinRIEFER, G.,
– *Die Entmündigung wegen Geisteskrankheit und Geistesschwäche. Bestandaufnahme und Versuch einer begrifflichen Klärung*, Berlin, 1987
- WHITEHEAD, J.,
– *Mental Illness and the Law*, Oxford, 1982

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Críticas ao regime da capacidade de exercício da pessoa com deficiência mental ou intelectual – a nova conceção da pessoa com deficiência¹

Publicado em “Revista do Ministério Público”, nº 140, outubro a dezembro 2014, pp. 79-120

Alexandra Chícharo das Neves

SUMÁRIO:

1. Novos paradigmas nos institutos de proteção de adultos 1.1. Introdução 1.2. As novas conceções já consagradas em três ordenamentos jurídicos da UE 1.3. Os princípios que devem orientar a hermenêutica 2. Críticas ao regime substantivo da interdição 2.1. A interdição e a limitação da capacidade de exercício de direitos 2.2. O regime da interdição não pode encontrar-se fixado de forma inamovível 2.3. Não é admissível a presunção de que as limitações sensoriais restringem a capacidade 2.4. O interdito e o inabilitado não devem encontrar-se equiparados ao menor 2.5. A proteção dos adultos não pode ter como objeto principal o património 2.6. Os poderes da pessoa que protege e presta auxílio ao adulto devem encontrar-se mais delimitados 2.7. A capacidade matrimonial, o direito à procriação, a perfilhar, a adotar e para o exercício das responsabilidades parentais 3. Críticas ao regime adjetivo da interdição Conclusões. Bibliografia

1. Novos paradigmas nos institutos de proteção de adultos

1.1. Introdução

Na esfera jurídica das pessoas com deficiência, ganha particular relevância a diferença entre titularidade e capacidade de exercício de direitos.

¹ O estudo que agora se publica corresponde a uma das partes – adaptada – da dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Processuais, apresentada na Universidade Autónoma de Lisboa em Setembro de 2011.

Com efeito, a necessidade de proteger a esfera pessoal e patrimonial da pessoa com deficiência pode exigir limitações na capacidade de exercício se inexistir ou estiver limitada a sua capacidade de querer e entender.

Ora, hoje assiste-se a um processo de mudanças na concepção da pessoa com deficiência que impõe alterações na construção dos institutos jurídicos de proteção dos adultos. Exige-se uma proteção flexível e adaptada às exatas limitações e concretas aptidões do indivíduo e que o regime jurídico reconheça que todos os indivíduos possuem algum grau de autodeterminação. Por isso, na Comunidade Internacional entende-se que a capacidade civil só pode ser limitada na medida necessária para a salvaguarda da pessoa com deficiência e dos seus bens, na medida adequada ao caso concreto e pontualmente dirigida às inaptidões (e ao grau das mesmas) físicas, intelectuais, mentais ou sensoriais verificadas.

Isto é, como já ensinavam Gomes Canotilho e Vital Moreira, embora a Constituição admita restrições à capacidade civil não permite, por um lado, privações totais da mesma e, por outro, os “motivos de restrição devem ser pertinentes e relevantes, sob o ponto de vista da capacidade da pessoa”².

Na verdade, tem-se como ideia fulcral que o princípio da dignidade da pessoa humana tem de modelar a dogmática do direito civil, que este princípio deve ser chamado para contribuir para o processo da inclusão social da pessoa com deficiência e que, conseqüentemente, o direito civil tem de centrar-se na pessoa humana (e não já essencialmente nos direitos patrimoniais), portanto, centrar-se nos valores, princípios e direitos das pessoas com deficiência.

Todavia, em Portugal o instituto da tutela encontra ainda as suas raízes no direito romano, mantêm o seu regime quase inalterado desde 1966 e a análise do mesmo permite concluir que não é valorizada a vontade do indivíduo, que não se consagra como regra a autodeterminação e autonomia da pessoa na gestão da sua vida e do seu património (segundo as suas aptidões) e que não se tem presente que o respeito pela vontade e autonomia daquelas é considerado, pela ciência psiquiátrica e pela psicologia, como essencial para o livre desenvolvimento da sua personalidade e para a sua inclusão social.

² *Constituição da República Portuguesa...*, ob. cit., fls. 465.

1.2. As novas concepções já consagradas em três ordenamentos jurídicos da UE

1.2.1. Na Alemanha

Em 1990 foi introduzido no ordenamento jurídico alemão um instituto (*Betreuung*) de proteção da pessoa adulta com deficiência pela denominada Lei *Betreuungsgesetz* que veio consagrar o princípio da necessidade (*erforderlichkeitsgrundsatz*) e garantir a autonomia, a autodeterminação, o livre desenvolvimento da personalidade e assegurar que as limitações ao exercício dos direitos civis fossem as adequadas às exatas e concretas limitações e aptidões da pessoa a que eram dirigidas³.

Em obediência ao princípio da necessidade, por um lado, apenas é nomeado um *Betreuer*⁴ (pelo tribunal) quando de todo não seja possível garantir a proteção dos interesses pessoais ou patrimoniais da pessoa e, por outro, os poderes daquele ficam limitados aos atos concretos que necessitem de proteção (cuidar da saúde e da pessoa, administração do património, arrendamento, venda, etc.).

Na senda da garantia do princípio da autodeterminação o §1896.2, do BGB, afasta o instituto *Betreuung* quando a pessoa que necessita de assistência nomeou um representante legal por ter previsto, no passado, a eventualidade das suas incapacidades. Por outro lado, a pessoa submetida à *Betreuung* continua a ter capacidade negocial (§ 104.2, do BGB) – embora nas matérias para as quais foi nomeado o *Betreuer* a pessoa assistida necessite do consentimento daquele (podendo a inexistência de consentimento provocar a ineficácia do negócio celebrado, v.g. §1903, §118 e § 111, do BGB).

É de realçar que o regime exige que a medida de assistência apenas ocorrerá a pedido do interessado, a não ser que este não se encontre apto a expressar a sua vontade (§1896 II BGB), sendo admissível que o interessado nomeie um procurador, quer para a prática de um número específico de atos, quer para uma generalidade, permitindo-se que os poderes perdurarem se vier a ocorrer uma situação de limitação das capacidades intelectuais ou volitivas (§§ 672 I, 675 e 168, BGB).

³ A *Betreuungsgesetz*, que entrou em vigor em Janeiro de 1992, não existe como lei separada, tendo procedido à alteração de mais de 50 leis, entre elas o BGB (Código Civil) (com especial relevância do regime de tutela dos adultos que foi substituído pelos §§ 1896-1908) e as normas processuais cíveis. Nomeadamente, a *Betreuungsgesetz* alterou substancialmente os institutos da incapacidade civil dos adultos, concretamente a *Entmündigung*.

⁴ Mantivemos a designação na língua original devido à sua dificuldade na tradução, uma vez que é um representante legal da pessoa assistida mas não corresponde totalmente ao conceito de representante legal do ordenamento jurídico português.

De referir que o poder de representação do *Betreuer* não se estende às declarações de vontade com carácter pessoalíssimo, as denominadas *höchstpersönliche*, nomeadamente, para contrair casamento, para lavrar testamento, em matéria da filiação (§1597.3, § 1726, § 1728.1, do BGB), para adotar (§ 1747 e § 1749, do BGB), para tratamento médico, para a esterilização (§1905, do BGB – apesar de o normativo admitir que o *Betreuer* possa ser nomeado pelo tribunal especificamente para prestar o consentimento nesta matéria), para o aborto e para medidas limitativas de liberdade.

Por último, na *Betreuung* a sentença só é publicitada no registo eleitoral e apenas quando a incapacidade é total.

1.2.2. Em Espanha

No Código Civil Espanhol encontram-se previstos os institutos da tutela e da curatela mas em termos algo diferentes do regime vigente em Portugal. Acresce que encontramos dois novos institutos para a proteção de adultos: a *guarda de hecho* e a constituição de um património protegido.

Uma das diferenças no regime jurídico surge por força do art.º 232.º, do CC Espanhol, segundo o qual “em qualquer momento poderá exigir-se ao tutor que informe sobre a situação do ...incapacitado e do estado da administração da tutela”, permitindo que o MºPº controle a aplicação da medida. Aliás, nessa linha, o art.º 233.º afirma que o juiz poderá “estabelecer as medidas de vigilância e de controlo que estime oportunas”.

Por outro lado, o art.º 234.º, do CC, ao identificar as pessoas a quem cabe as funções de tutor indica, em primeiro lugar, a pessoa que tenha sido designada pelo interdito.

Outra diferença com o regime português encontra-se no facto de ser a decisão judicial que fixa os limites da capacidade civil do sujeito, em função das concretas limitações dessa pessoa. Acresce que encontramos consagrado no art.º 223.º, n.º 2, do CC, que qualquer pessoa com capacidade de exercício que preveja vir a ser, no futuro, judicialmente incapacitada pode, em documento público notarial, adotar disposições relativamente à sua própria pessoa ou bens, incluindo a designação de tutor. Outra importante diferença com o regime português é a de que atos pessoais, como o matrimónio, o reconhecimento de filhos e a outorga de testamento não são atos que estejam, *a priori*, vedados à pessoa protegida (v.g. artigos 56.º, 121.º, e 665.º, do CC).

Como referimos, encontramos ainda no Código Civil, em apenas dois normativos (o art.º 303.º e 304.º), o regime do instituto da *guarda de hecho*⁵, que será aplicável no campo dos atos quer pessoais quer patrimoniais.

Este instituto intervém quando a autoridade judicial tem conhecimento da existência de um *guardador de hecho*, isto é, de uma pessoa que exerce de facto mas não de direito as funções de tutor, e tem como principal objetivo validar (ou não) os atos praticados pelo *guardador de hecho* nas situações de incapacidade de facto.

Por sua vez, a Lei n.º 41/2003, de 18.11, estabelece o regime de proteção do denominado “património protegido” das pessoas com deficiência física ou psíquica superior a 33%, independentemente de reunirem os pressupostos para serem interditas ou inabilitadas. Esta lei permite que seja criado (por documento público ou por decisão judicial), por meio de contributos a título gratuito, um património cujo objeto específico seja prover às necessidades da pessoa com deficiência, sendo que o mesmo poderá ser constituído por bens e direitos que integram a sua esfera patrimonial, mas também que integrem a do tutor, do curador ou de terceiros. O regime prevê a nomeação de um administrador, atribuído ao Ministério Público a função de supervisão desse património e cria, para coadjuvar o MºPº, a Comissão de Proteção Patrimonial.

1.2.3. Em França

O Código Civil abre o capítulo dedicado às medidas de proteção jurídica dos adultos com o art.º 425.º, que assegura que toda a pessoa impossibilitada de providenciar pelos seus interesses pessoais ou patrimoniais pode beneficiar de uma medida de proteção jurídica dirigida, seja à proteção do seu património ou apenas da sua pessoa ou a ambas as finalidades. Porém, o art.º 440.º afirma que a proteção das pessoas e do seu património será assegurada, em primeiro lugar, pelas medidas de *sauvegarde de justice*, quando exista necessidade de proteção jurídica temporária ou de ser representado num ato importante da vida civil.

São os artigos 433.º, e ss., do Código Civil, que estabelecem o regime do instituto das medidas de *sauvegarde de justice* permitindo que, em caso de urgência, possa ser decretada sem audição do interessado. O regime caracteriza-se por a pessoa protegida conservar o exercício de todos os direitos que não se encontrem abrangidos pelo mandado e por, por um lado, a medida ter a duração máxima de um ano – com possibilidade de ser renovada uma vez

⁵ Decidimos também manter a expressão original, na medida em que a tradução pode alterar o alcance e conteúdo exacto da mesma.

por igual período (desde que verificadas certas condições) – e, por outro, a todo o tempo ser suscetível de ser extinta. Acresce que o regime admite que exista mandado constituído pela própria pessoa sob *sauvegarde de justice* e prevê, caso esse mandado não exista, que se recorra ao regime da gestão de negócios (art.º 491.º, n.º 1 e 3, do Código Civil). Por último, a *sauvegarde de justice* pode ter origem numa declaração médica registada junto do MºPº (registo cuja consulta só é possível por um número restrito de pessoas) ou numa decisão judicial.

Quando a necessidade de proteção jurídica já não é meramente temporária a pessoa é protegida pelo instituto da curatela, cujo regime se encontra nos artigos 440.º, e ss., do Código Civil, e que surge, desde logo, com um prazo de duração judicialmente fixado em não mais de 5 anos (admitindo-se renovação).

De frisar que o regime jurídico da incapacidade assenta no princípio de que só quando os institutos de *sauvegarde de justice* e de curatela forem insuficientes é que a pessoa é representada pelo tutor.

Em síntese, os artigos 428.º e seguintes, do Código Civil, estabelecem o regime das medidas judiciais importando ter sempre presente que as mesmas só devem ser aplicadas quando o regime geral de representação, as regras gerais de direito comum ou o mandado de proteção futura do próprio interessado não seja suficiente para assegurar os seus interesses.

Por outro lado, para que seja possível recorrer às medidas judiciais de proteção dos adultos, será necessário que este não se encontre já protegido pelo mandado de proteção futura, cujo regime encontramos no art.º 477.º e ss, do Código Civil, e que consiste num mandado em que uma pessoa maior (ou menor emancipada) por meio de um mandado – notarial nalguns casos e noutros apenas por documento privado – encarrega uma ou várias pessoas de o representar, caso venham a ocorrer as causas do art.º 425.º, isto é, as que levam à aplicação da *sauvegarde de justice*, curatela ou tutela.

O Código Civil prevê ainda a existência de um pacto civil de solidariedade cujo regime se encontra estabelecido nos artigos 515.º e seguintes. Este instituto resume-se, a final, num contrato entre duas pessoas físicas (nomeadamente, ascendente e descendente e colaterais até ao 3º grau ou entre duas pessoas casadas) para organizar a vida em comum, onde se obrigam não só a uma vida em comum mas também a prestarem ajuda material recíproca na medida em que acordarem (o regime subsidiário é o de que a ajuda será proporcional às possibilidades respetivas), sendo que, salvo disposição em contrário, cada um manterá o gozo e livre disposição dos respetivos bens.

Ao contrário do que sucede no regime jurídico português, o art.º 446.º, do CC Francês, admite que o curador ou o tutor tenha sido previamente designado pela pessoa protegida. Por sua vez, o art.º 450.º, prevendo a situação de a pessoa a proteger não possuir familiar, amigo ou conhecido que possam exercer as funções de curador ou de tutor, consagra que tal pessoa será nomeada de entre a lista de mandatários judiciais que se encontra legalmente prevista no art.º L471-2, do Código de Ação Social e das Famílias.

Por outro lado, o art.º 458, do Código de Ação Social e das Famílias, consagra que a pessoa designada para assistir ou representar não pode praticar atos que impliquem um consentimento estritamente pessoal e o art.º 459.º especifica que, salvo em caso de urgência, a pessoa encarregue da proteção não pode, sem autorização judicial ou do Conselho de Família, decidir sobre matéria que atente contra a integridade corporal ou a intimidade da vida privada da pessoa protegida. Aliás, nos termos do art.º L 1111-4 do Código de Saúde Pública, deve sempre procurar apurar-se se o maior – apesar de poder encontrar-se sob tutela – se encontra capaz de exprimir a sua vontade e de participar na decisão em matéria de atos médicos (a não ser que o risco para a saúde não se compadeça com demoras). Consagrando a autonomia e a autodeterminação o art.º 459.º, do CC, afirma que a pessoa protegida (fora dos casos previstos na lei) decide sozinha das questões relativas à sua pessoa, na medida em que o seu estado o permita. Por outro lado, de harmonia com o disposto no art.º 460.º, o casamento de uma pessoa submetida ao instituto da curatela pode ocorrer com autorização do curador ou, na falta deste, do juiz e, quando sujeito à proteção da tutela, com autorização do juiz ou do Conselho de Família.

Mesmo no instituto da tutela o juiz pode enumerar certos atos em que permite à pessoa protegida praticá-los sozinha ou com a assistência do tutor (art.º 473.º e 474.º).

1.3. Os princípios que devem orientar a hermenêutica

Tal ideia deve-se a uma mudança de paradigmas e de visão da saúde mental que a OMS, em 2005, definiu como “um estado de total bem-estar físico, mental e social e que não consiste apenas numa ausência de doença ou de enfermidade”⁶.

⁶ Tradução livre do seguinte texto: «Un état de complet bien-être physique, mental et social, et [qui] ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d’infirmité», Disponível em http://www.who.int/topics/mental_health/fr/.

Vejam os alguns dos instrumentos jurídicos e de *soft law* que revelam estes novos paradigmas na abordagem das problemáticas da proteção das pessoas com deficiência mental ou intelectual.

Já desde 1971 que a ONU na Declaração dos Direitos do Deficiente Mental⁷ declarava, no art.º 1.º, que “o deficiente mental deve gozar, no máximo grau possível, dos mesmos direitos dos demais seres humanos.

Pouco depois, em 1975, a ONU, na Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, de 1975 (Resolução de 09.12.1975), reiterava que “as pessoas deficientes têm os mesmos direitos civis e políticos que os outros seres humanos” mas, em 1991, esta mesma entidade, nos Princípios das Nações Unidas para a Proteção de Pessoas com Enfermidade Mental e Melhoria da Atenção à Saúde Mental, já consagravam aqueles direitos como “Liberdades Fundamentais e Direitos Básicos” (Princípio 1). Acresce que a ONU, neste último documento, estabeleceu 25 princípios que constituem os padrões mínimos que asseguram os direitos das pessoas com deficiência mental, designadamente, os princípios da proibição da discriminação em razão da doença mental e da proteção da dignidade do ser humano.

Em 1996, a OMS desenvolveu a “Legislação de Atenção à Saúde Mental: Dez Princípios Básicos” e desenvolveu também as Diretrizes para a Promoção dos Direitos Humanos de Pessoas com Transtornos Mentais, sendo que os documentos identificam, entre aqueles dez princípios, a autodeterminação, o direito a ser assistido no exercício da autodeterminação e o mecanismo automático de revisão periódica.

Na mesma linha, o Relatório da OMS sobre a Saúde no Mundo de 2001, “Saúde Mental: Nova Conceção, Nova Esperança”⁸, afirma que as políticas de saúde mental devem promover o direito à autonomia individual e à participação.

Também na Declaração de Tenerife, em 26.4.2003, adotaram-se os “Princípios de Vida Independente para as Pessoas com Deficiência” e declarou-se o princípio da vida independente como “um direito humano fundamental para todas as pessoas com deficiência”.

Por sua vez, o Guia das Políticas e dos Serviços de Saúde Mental, Legislação Relativa à Saúde Mental e aos Direitos do Homem, a OMS, em 2005⁹, voltava a afirmar (a fls. 31) que

⁷ Resolução 2856, de 20.12.71.

⁸ Disponível em www.dgs.pt/upload/membro.id/ficheiros/i006020.pdf. Elaborado sob a direcção de um comité coordenador formado por Holck, Susan, Murray, Christopher (Presidente), Murthy, Rangaswamy Srinivasa, Prentice, Thomson, Saraceno, Benedetto e Yach, Derek.

⁹ Disponível em francês em http://www.who.int/mental_health/publications/fr/ (Guide des politiques et des services de santé mentale, Législation touchant la santé mentale et les droits de l’homme).

todas as pessoas com doenças mentais são autorizadas a exercer todos os seus direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais” e que são titulares dos direitos de votar, de casar, de serem pais e exercerem as responsabilidades parentais, à propriedade, ao trabalho, à educação e à liberdade de movimento e escolha de residência.

Ora estes instrumentos, embora os mesmos não sejam vinculativos, refletem o sentir da sociedade sobre os direitos e os princípios que devem orientar o legislador.

É essa visão da pessoa com deficiência, como cidadão pleno, que a ONU vem consagrar na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Veja-se que a Convenção integra no conceito de pessoas com deficiência as que “têm incapacidades duradouras ... mentais, intelectuais ... que em interação com várias barreiras podem impedir a sua plena e efetiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros”, consagrando o respeito pela dignidade inerente, pela autonomia individual, pela liberdade de fazer as próprias escolhas e pela independência (artigos 1.º e 3.º). Mais, acrescenta no art.º 12.º, com a epígrafe “Reconhecimento da personalidade jurídica em condições de igualdade”, que os Estados “reconhecem que as pessoas com deficiência têm capacidade jurídica em todos os aspetos da vida em condições de igualdade com as demais”, que aqueles devem tomar as medidas adequadas e necessárias “para garantir o acesso das pessoas com deficiência ao apoio que possam necessitar para exercer a sua capacidade jurídica” e que, no âmbito do exercício da capacidade jurídica, as medidas estatais devem respeitar os direitos, a vontade e as preferências da pessoa e devem ser proporcionais e ajustadas à própria pessoa.

Já no âmbito das instâncias da Europa e da UE surgem-nos outros documentos.

Desde logo, a Carta Social Europeia no art.º 15.º assegura os direitos das pessoas com “anomalia psíquica” à independência, à integração social e à participação na vida da comunidade.

Por outro lado, a Carta dos Direitos Fundamentais da UE (CDFUE) veio afirmar a inviolabilidade da dignidade do ser humano e, no art.º 26.º, veio obrigar a que se reconheça e respeite o direito das pessoas com deficiência a beneficiarem de medidas destinadas a assegurar a sua autonomia e autodeterminação (na gestão dos seus interesses e da sua vida).

Por sua vez, interpretando a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH/LF), o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), no acórdão Winterwerp c. Holanda, de 24.11.81 (Processo n.º 6301/73), afirmou que “qualquer que seja a justificação para privar um doente mental da possibilidade de administrar os seus bens, as garantias previstas no art.º 6.º, n.º 1, da CEDH/LF, devem, não obstante, ser respeitadas. Ainda que ... a doença mental possa legitimar certas limitações ao exercício do

«direito a um tribunal», não pode justificar a ausência total desse direito, tal como é previsto no art.º 6.º, n.º1”, da CEDHLF”. Portanto, é admissível concluir de tal decisão que, por um lado e *a contrario sensu*, a CEDHLF admite como possível que os doentes mentais (mesmo os internados) possam conservar os seus direitos civis e, por outro lado, a decisão de limitação da capacidade de exercício de direitos deve ser judicial e ter subjacente um processo equitativo.

Revela-se, também, particularmente relevante a Recomendação n.º R (99) 4, do Comité dos Ministros do Conselho da Europa aos Estados-membros. Na mesma, estabeleceram-se vários princípios relativos à proteção jurídica dos “adultos incapazes”¹⁰.

Ora, surgem-nos neste documento os seguintes princípios: do respeito pelos direitos humanos (Princípio 1), da flexibilidade da resposta legal adequada aos diferentes graus de incapacidades (Princípio 2), da máxima preservação da capacidade (Princípio 3), da publicidade das medidas apenas quando necessárias para a proteção de terceiros e não funcionando automaticamente (Princípio 4), da necessidade, da subsidiariedade e da proporcionalidade das medidas de proteção aos graus de incapacidade (Princípios 5 e 6), da justiça, eficiência e garantia do processo que decide as medidas de proteção (Princípio 7), da supremacia dos interesses e bem-estar da pessoa sujeito das medidas (Princípio 8), do respeito pela vontade e desejos daquela (Princípio 9), de consulta e audição da própria pessoa antes da decisão sobre as medidas de proteção (Princípios 10 e 13), da existência de mecanismos processuais em condições de abranger as diferentes situações de incapacidade (Princípio 11), da investigação e da avaliação da incapacidade por perito competente (Princípio 12), da duração pré-determinada e da avaliação periódica das medidas de proteção e do direito ao recurso (Princípio 14), da admissibilidade de medidas provisórias em caso de urgência (Princípio 15), do adequado controle da aplicação das medidas e das decisões dos que assistem ou representam a pessoa protegida e de que estes são pessoas qualificadas para as funções que lhes são atribuídas (Princípios 16 e 17), do controle judicial das intervenções de terceiros, como sejam os gestores de negócios ou outros (Princípio 18) e da limitação dos poderes, da responsabilidade e da remuneração dos representantes ou das pessoas que assistem a pessoa protegida (Princípios 19 a 21).

É, assim possível concluir que o respeito pelos direitos e princípios que transcorrem destes instrumentos internacionais e pelos valores ínsitos nos mesmos impõe que se reconheça, *a priori*, a todos os indivíduos autonomia e autodeterminação, sendo a capacidade civil apenas limitada na exata medida necessária para a salvaguarda da pessoa e dos seus bens.

¹⁰ Adoptada em 23 de Fevereiro de 1999. Disponível em [www.coe.int/t/dg3/.../texts_and.../Rec\(99\)4E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/.../texts_and.../Rec(99)4E.pdf).

Entender-se o contrário poderá permitir, a final, que se admita que os direitos inalienáveis e inerentes a todos os seres humanos não possuem esta natureza para a pessoa com deficiência mental ou intelectual, não se lhe garantindo o direito à dignidade nem à igualdade.

Com efeito, a autonomia e a autodeterminação são duas das palavras-chaves de uma sociedade aberta e inclusiva porque, como referem Vital Moreira e Gomes Canotilho¹¹, a proteção da dignidade da pessoa humana pressupõe a proteção da autodeterminação na orientação da vida.

2. Críticas ao regime substantivo da interdição

2.1. A interdição e a limitação da capacidade de exercício de direitos

Se analisarmos o regime jurídico da interdição concluiremos que a representação legal é tendencialmente absoluta, tanto mais que, segundo alguma doutrina, manifesta-se quer na esfera patrimonial quer na área dos direitos de personalidade. Ora, se aceitarmos esta interpretação então há que concluir que o regime jurídico da interdição exclui da sociedade a pessoa protegida, inibindo-a completamente de exercer todos os direitos de cidadania, como se não fosse sujeito de direitos.

Mas não menos grave é admitirmos os poderes de representação na área dos direitos pessoais porque nesse caso o tutor não possui, no regime geral, quaisquer limitações no exercício dos seus poderes – de qualquer modo repare-se que também não existe um eficaz controlo periódico da atividade ou inatividade do tutor quando este age no âmbito dos direitos patrimoniais.

Por exemplo, na breve abordagem a que se procedeu dos ordenamentos jurídicos espanhol, francês e alemão percebeu-se que os mesmos sugerem que a interdição deve constituir uma medida excepcional, restrita a casos muito graves – o regime jurídico nesses países partiu da ideia de que a pessoa com deficiência mental ou intelectual tem os mesmos direitos das demais pessoas.

No ordenamento jurídico interno (embora resulte do confronto entre o art.º138.º, n.º1, e o art.º 152.º, ambos do CC, que deve ser inabilitada a pessoa em relação à qual “não se justifique” a interdição) não transparece de forma clara a proibição da interdição quando estamos perante pessoas com algumas aptidões.

¹¹ *Constituição da República Portuguesa*, ob. cit., a fls. 199.

Na verdade, é necessário não confundir a limitação de direitos – na medida do estritamente necessário, em função das limitações da pessoa e a fim de a proteger ou proteger terceiro – com a presunção de inabilidade – que mais não é do que uma simples discriminação legal, desproporcional, desadequada e desnecessária¹².

Com efeito, a limitação de direitos no atual regime da interdição não leva em conta o direito do indivíduo à liberdade e o seu direito de tomar decisões relativas à sua própria pessoa (dentro do limite das suas próprias aptidões) e, portanto, não garante o direito à autodeterminação e à autonomia.

São estes os fundamentos que nos permitem concluir que o instituto da interdição – tal como se encontra delineado – só poderá encontrar-se reservado às deficiências intelectuais ou mentais muito profundas, em que o indivíduo não tem quaisquer competências ou aptidões para ser autónomo em qualquer aspeto da sua vida.

Se a pessoa é capaz de compreender as informações que são relevantes para a tomada de decisões e se é capaz de considerar as consequências de uma decisão ou falta dela então não deve ser admissível que essa pessoa possa ser interditada e impedida de decidir nessa área.

Na verdade, muitas das pessoas com anomalias psíquicas possuem, de facto, as aptidões cognitivas necessárias para fazer escolhas e tomar decisões em relação a questões importantes das suas vidas.

É, pois, evidente que a interdição, ao implicar uma incapacidade geral de exercício, não obedece ao Princípio 3 da Recomendação n.º R (99) 4 do Comité dos Ministros do Conselho da Europa aos Estados-membros, relativa à garantia da máxima preservação da capacidade.

E, por tudo o exposto, concluímos que a declaração de interdição é suscetível de restringir direitos fundamentais – da proteção da dignidade da pessoa humana, do direito à autonomia e à autodeterminação ou do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, entre outros – caso seja aplicada a uma pessoa que possua aptidões para entender e querer em certas áreas da vida. Com efeito, tal restrição será, nesse caso, desnecessária, desproporcional e desadequada, violando o art.º 18.º, n.º2, da CRP.

¹² Como vimos, na Espanha, atos pessoais, como o matrimónio, o reconhecimento de filhos e a outorga de testamento não são atos que estejam, *a priori*, vedados à pessoa protegida (v.g. artigos 56.º, 121.º, e 665.º, do CC Espanhol).

2.2. O regime da interdição não pode encontrar-se fixado de forma inamovível

Do que foi dito facilmente se depreende que o regime da interdição não pode continuar fixado de forma inamovível pelo legislador, insuscetível de ser adaptado pelo poder judicial às exatas e concretas aptidões da pessoa.

Só um regime jurídico flexível, que permita à sentença determinar a extensão e os limites da incapacidade civil, é compatível com os direitos e princípios materialmente fundamentais.

Aliás, quando a limitação das aptidões surge já num momento avançado de uma vida adulta autónoma é mais clara a necessidade de se respeitar a vontade daquele que teve uma vida produtiva, reconhecendo-se limites aos poderes do tutor cuja atuação deve ser controlada, e reconhecendo-se como vinculativas as diretivas antecipadas de vontade da pessoa protegida.

Ao existir um regime jurídico inflexível, indiferente aos diferentes graus de incapacidade, o mesmo não obedece ao Princípio 2 da Recomendação n.º R (99) 4 do Comité dos Ministros do Conselho da Europa aos Estados-membros. Assim como também não obedece aos Princípios 5 e 6 relativos à necessidade, subsidiariedade e proporcionalidade das medidas de proteção aos graus de incapacidade, e, ainda, não acata o Princípio 11 pelo facto de não existirem mecanismos processuais em condições de abranger as diferentes situações de incapacidade e dirigidas especificamente ao suprimento da incapacidade.

Resumindo, a evolução internacional relativa à proteção dos adultos com deficiência mental ou intelectual fundamenta-se na existência de um regime jurídico onde é o Tribunal que avalia quais os limites à capacidade de exercício e que permite delimitar os poderes do representante legal em função das necessidades reais da pessoa em concreto.

2.3. Não é admissível a presunção de que as limitações sensoriais restringem a capacidade

O espírito do art.º 138.º, do CC, é o de que, quer a alteração das faculdades psíquicas, quer as limitações ao nível da fala, da audição ou da visão, potencialmente afetam a capacidade de gestão da pessoa e do património. Se enquadrarmos o dispositivo no contexto histórico que o viu nascer, ele é totalmente compreensível. Porém, hoje é inaceitável porquanto pressupõe que estas pessoas estariam incapacitadas, por uma causa sensorial, para gerirem a sua vida e património.

A expressa previsão legal da aplicação dos institutos da inabilitação e da interdição às pessoas surdas-mudas ou cegas reflete a ideologia em vigor na sociedade da década de 60 e encontra-se em conflito com os novos valores que despontaram na sociedade: autonomia, autodeterminação, independência, *empowerment*, resumindo, onde a pessoa é sempre um sujeito de direitos.

Assim, defendemos que é exigível – em obediência ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, do direito à igualdade, à autodeterminação e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade – que se considere implícito no segmento do n.º 1 do artigo 138º CC (“*todos aqueles que (...) se mostrem incapazes de governar suas pessoas e bens*”) e, ainda, dentro do sentido literal possível, que uma pessoa com deficiência visual ou surda-muda, que demonstra inteligência e capacidade de se orientar na vida, não se mostra incapaz de governar a sua pessoa e bens.

Pode aceitar-se que as pessoas com deficiência sensorial, e apesar de se encontrarem no pleno uso das suas capacidades cognitivas, venham a necessitar de um procurador com poderes de administração do património mas o regime da interdição afigura-se-nos inadequado e, no caso concreto, suscetível de violar direitos fundamentais da pessoa protegida.

Aliás, a necessidade de se nomear um terceiro para administrar o património de uma pessoa com limitações sensoriais só existirá porque a sociedade não lhes proporciona, de facto, igualdade de oportunidades e de acessibilidades. Com a tecnologia, as acessibilidades Web e as restantes áreas de acessibilidade devidamente implementadas, a intervenção do “administrador” seria muito residual – se, de facto, vivêssemos numa sociedade inclusiva.

2.4. O interdito e o inabilitado não devem encontrar-se equiparados ao menor

Concordamos com Vera Vaz¹³ quando sugere “a eliminação da equiparação do interdito ao menor, dado que a mesma tem implícito um certo estatuto de menoridade da pessoa incapaz, o que não corresponde à verdade, atenta a história da vida”.

Na realidade, o carácter paternalista do instituto da interdição transparece, por um lado, na remissão do regime para o das responsabilidades parentais (art.º 139.º, do CC). Por outro lado, resulta do facto de, no artigo 144.º, do CC, se afirmar que, recaindo a tutela no pai ou na

¹³ “O suprimento da vontade das pessoas maiores em situação de incapacidade. A experiência da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa”, ob. cit., p. 91.

mãe, exercem estas a responsabilidade parental. E, por último, porque no artigo 1935.º, do CC, se estabelece que o tutor tem os mesmos direitos e obrigações dos pais.

A equiparação reflete uma conceção da pessoa com deficiência como sendo uma criança. Aliás, repare-se que a limitação de carácter geral que incide sobre o tutor é de se exigir que a sua atuação se pautе pelo padrão de atuação de um “bom pai de família”(art.º 1935.º, do CC).

Com efeito, não é hoje concebível que o suprimento da incapacidade civil dos adultos continue a ser configurado como um prolongamento das responsabilidades parentais. A pessoa com deficiência é um adulto titular de direitos e deveres e cidadão de pleno direito.

2.5. A proteção dos adultos não pode ter como objeto principal o património

A principal preocupação do regime do suprimento da incapacidade parece ser a proteção do património porquanto é totalmente omissa quanto ao exercício dos direitos de personalidade e quanto à admissibilidade (ou não) da representação legal nesta área.

Mas, como bem refere Pietro Perlingieri, há que estar mais atento aos valores existenciais em detrimento dos interesses patrimoniais¹⁴.

Por outro lado, no âmbito dos direitos pessoais, a proteção deve privilegiar a assistência e a autorização e não a representação legal. Com efeito, “uma técnica dita de proteção não pode servir para violar a personalidade doutrem. Os direitos inerentes à personalidade são independentes do estado das faculdades volitivas e não podem ser reduzidas pela proteção tutelar”¹⁵.

O instituto da interdição tem de ser repensado¹⁶ à luz de uma nova conceção da realidade, que se centra na pessoa humana, na dignidade de todo o ser humano, no seu direito à liberdade, à igualdade, à não discriminação, à autonomia, à autodeterminação e à capacidade civil.

2.6. Os poderes da pessoa que protege e presta auxílio ao adulto devem encontrar-se mais delimitados

O regime jurídico deveria ser mais incisivo quanto aos deveres da pessoa que tenha a seu cargo proteger o adulto.

¹⁴ *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*, ob. cit., p. 33.

¹⁵ Geffroy, Claire, “La protection tutélaire des majeurs en matière personnelle”, ob. cit..

¹⁶ Assim o afirma Alves, Raul Guichard, “Alguns Aspectos do Instituto da Interdição”, a fls. 132, ob. cit..

Como já referimos, o regime é omissivo no que toca aos poderes do tutor no âmbito dos direitos de personalidade, o que é suscetível de ser interpretado, se atendermos ao conjunto do ordenamento civil, no sentido de que tais poderes podem ser exercidos pelo tutor.

Ora, impõe-se que o ordenamento jurídico exija a avaliação da capacidade volitiva e de entendimento pelo tribunal sempre que estejam em causa atos estritamente pessoais e que seja este a delimitar qual o âmbito de intervenção do mesmo, identificando os atos pessoais para os quais o “protector/tutor” teria poderes sem necessidade de controlo judicial. Isto é, o regime deve permitir ao tribunal que delimite e identifique os poderes do protetor, de modo a que molde os poderes às exatas aptidões da pessoa protegida.

Em resumo, o tribunal, perante o caso concreto, deveria poder fixar quais os atos dependentes apenas da vontade da pessoa protegida e quais os dependentes da vontade do “protector/tutor” e, de entre estes, quais os que necessitariam de autorização ou de assistência.

Já no âmbito dos direitos patrimoniais o regime jurídico deveria prever a exigência de garantias ao administrador (hipotecas, fianças bancária, etc.), para proteção de uma má administração dos bens, quando a natureza e valor do património a ser administrado assim o exigissem.

É claro que, optando-se por um regime mais flexível e adaptável, haverá não só a necessidade de um relatório clínico (para determinar o início, o grau e a natureza das incapacidades e os seus efeitos na gestão da pessoa e do património) mas também de um relatório social, eventualmente por uma equipa multidisciplinar¹⁷, que permita avaliar a situação patrimonial e familiar da pessoa, o apoio de que dispõe, a rede institucional de apoio disponível no local de residência, etc., resumindo, que avalie com maior segurança as áreas em que terá de se determinar limitações à capacidade civil.

2.7. A capacidade matrimonial, o direito à procriação, a perfilhar, a adotar e para o exercício das responsabilidades parentais

2.7.1. Os valores da Comunidade Internacional – apontamento

A discussão do reconhecimento do direito ao casamento e à procriação no âmbito das pessoas com deficiência é mais compreensível se tivermos presente a evolução do papel das

¹⁷ No sentido da necessidade de um relatório social, v.g. Silva, Irene Serrão, “Orientações Técnicas para Cuidados Informais na Área dos Cuidados Continuados”, ob. citada.

mulheres na sociedade e a nova visão sobre os direitos destas e das mesmas como cidadãs de pleno direito.

Hoje, através de vários documentos denominados de *soft law*, surgem novos paradigmas de direito à procriação, do direito à sexualidade e do direito a constituir família colocados, agora, no âmbito dos direitos humanos e pensados conjuntamente com outros direitos e princípios fundamentais, designadamente com a proteção da dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação e à autonomia, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à proteção da integridade física (sexual e reprodutiva), o direito ao acesso dos serviços de saúde sexual e reprodutiva, ao planeamento familiar, à procriação sem riscos para a saúde, ao acesso à informação e educação de saúde sexual e reprodutiva.

Se percorrermos, de forma muito sintética, alguns instrumentos internacionais esta alteração de conceções e paradigmas torna-se mais evidente.

Reparemos que foi já na Conferência Mundial de Direitos Humanos, em Teerão, em 1968¹⁸ que se estabeleceu a ligação entre o direito à procriação e os direitos humanos e, mais recentemente, na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD, Cairo, 1994) veio consagrar-se a saúde reprodutiva como “um estado geral de bem-estar físico, mental e social, e não mera ausência de enfermidades ou doenças”.

O conceito de direito à procriação surge, de novo, na Plataforma de Beijing, na IV Conferência Mundial da Mulher, em Setembro de 1995, estabelecendo-se, também, o nexó entre a saúde sexual e reprodutiva, a cidadania e políticas de desenvolvimento – permitindo, pois, lançar a dimensão destes direitos para o âmbito dos direitos sociais¹⁹.

¹⁸ Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/teera.htm>.

¹⁹ Neste documento declara-se (versão francesa a que acedemos) relativamente ao direito à procriação, nomeadamente, o seguinte: “La Conférence mondiale sur les droits de l’homme a clairement réaffirmé que les droits fondamentaux des femmes, à toutes les étapes de leur vie, font inaliénablement, intégralement et indissociablement partie des droits universels de la personne.

La Conférence internationale sur la population et le développement a réaffirmé les droits des femmes en matière de reproduction et leur droit au développement...la quatrième Conférence mondiale sur les femmes réaffirme que les droits en matière de reproduction sont fondés sur la reconnaissance du droit fondamental qu’ont tous les couples et tous les individus de décider librement et en toute responsabilité du nombre de leurs enfants et de l’espacement des naissances, et de disposer de l’information et des moyens voulus, ainsi que du droit qu’a chacun de jouir du meilleur état de santé possible en matière de ... sexualité et de reproduction, et de prendre des décisions en matière de reproduction sans faire l’objet de discrimination, de contraente ou de violence, comme prévu dans les instruments relatifs aux droits de l’homme “ – encontra-se disponível em <http://www.medicospelaescolha.pt/acerca/carta-de-direitos-sexuais-e-reprodutivos>.

No mesmo ano, em 1995, a Carta de Direitos Sexuais e Reprodutivos da International Planned Parenthood Federation (IPPF) reafirmou a proibição da discriminação no âmbito da sua vida sexual e reprodutiva e no acesso aos cuidados e/ou serviços, incluindo casos de infertilidade.

Aliás, também o Parlamento Europeu, na sua Resolução, de 26 de Abril de 2007, sobre a situação das mulheres com deficiência na União Europeia²⁰, frisou a importância dos Estados-Membros reconhecerem o “direito óbvio das mulheres com deficiência à sexualidade e à constituição de uma família” e salientou a “necessidade de garantir cuidados de saúde reprodutiva às mulheres”.

Esta inter-relação entre sexualidade e relações sociais, entre bem-estar e desenvolvimento da personalidade, entre os direitos à procriação e à vida sexual e o direito à saúde reprodutiva, entre tudo isto e o conceito de cidadania e a constatação de uma obrigação de o Estado implementar políticas de desenvolvimento transfere a discussão para o âmbito dos direitos sociais – e, conseqüentemente, a pessoa com deficiência passa a ter o direito de exigir do Estado uma atuação que efetive aqueles direitos²¹.

Sugerindo a exigência de configurar estes direitos como sociais a ONU, nas Regras Gerais para Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiências, em 1993, veio afirmar, na Regra 9, que os Estados devem promover a plena participação das pessoas com deficiências na vida familiar, não devendo ser privadas da oportunidade de experimentar a sua sexualidade, de ter relações sexuais ou de ter filhos. Mais, o documento afirma que os “Estados devem promover a adoção de medidas destinadas a modificar as atitudes negativas perante o casamento, a sexualidade e a paternidade ou maternidade das pessoas com deficiências, em especial das jovens e das mulheres com deficiências”.

Acresce, que se nos afigura como exigível o entendimento de que o direito à sexualidade e à procriação das pessoas com deficiência são dimensões do direito fundamental à qualidade

²⁰ 2006/2277(INI), Jornal Oficial nº 074 E, de 20/03/2008 p. 0742 – 0747.

²¹ Assim, Ávila, Maria Betânia *apud* Jardim, Renata Teixeira, em “Esterilização Feminina na Óptica dos Direitos Reprodutivos,...”, *ob. cit.*. No mesmo sentido também Rios, Roger Raupp, “Para um direito democrático da sexualidade”, *ob. cit.*, onde afirma que “um direito da sexualidade, na esteira do debate contemporâneo sobre as dimensões dos direitos humanos, avança para a consideração dos direitos sociais e económicos”.

de vida – uma vez que este conceito constitucional terá de valorar, nomeadamente, o bem-estar emocional, as relações interpessoais, o desenvolvimento pessoal e o bem-estar físico²².

²² Aliás, Jorge Rocha – in “*Viver a Sexualidade é um Direito de Todos*”, ob. cit. – afirma que “esta consciencialização acerca do que é qualidade de vida das pessoas com deficiência mental torna-se fundamental em áreas determinantes, entre as quais salientamos ... as seguintes dimensões: **interacção e relações sociais** (relações com os membros da família, relações de amizade, de intimidade e afecto, grau de iniciativa nas interacções sociais, diversificação das relações interpessoais, etc); **bem-estar psicoafectivo** (sentimento de pertença e aceitação nos diferentes grupos sociais, sentimento de felicidade, sentimento de dignidade, autoestima, etc.) e **autonomia e poder de decisão** (escolhas, preferências e decisões pessoais, objectivos e expectativas pessoais, valores, etc.)” - *Bold* do autor. Sendo que Jorge Rocha, ainda, acrescenta - in “*Normalizar a sexualidade dos «mais simples»: um desafio a valorizar*”, ob. cit.. - que “a falta de estimulação em aspectos que conformam a construção de uma personalidade mais equilibrada, as ínfimas experiências de relações de intimidade e afecto e a escassez de relações interpessoais saudáveis e diversificadas, estão no centro de um mal-estar psicoafectivo e social daqueles que em determinados períodos da história foram esquecidos, escondidos ou segregados.

Submetidos à imposição objectiva de uma sociedade impregnada de crenças e preconceitos, onde o controlo social da sexualidade se limitava a visões reducionistas da sexualidade, a eles lhes era negado - salvo raras excepções - o direito à sua expressão afectivo-sexual e o acesso a informações adequadas às suas necessidades como seres sexuados e sexuais que são ... É certo que actualmente se constata um maior respeito e valorização por aqueles que são diferentes. Contudo, não podemos omitir a existência de uma grande percentagem de cidadãos que não desenvolveram uma sensibilidade ética suficiente para respeitar a dignidade e o valor intrínseco dessas pessoas e, particularmente, da pessoa portadora de deficiência mental. Adoptam atitudes marginalizantes, violando os direitos dessa população e, concomitantemente, assumem-se defensores da universalidade dos direitos humanos. A opção pela inclusão só pode ganhar contornos efectivos quando houver um respeito total pelos direitos da pessoa diferente, mesmo que apresente dificuldades em expressar-se ou adaptar-se a uma realidade sócio-cultural que também lhe pertence. Ainda que uma das maiores dificuldades da pessoa portadora de deficiência mental resida na construção de uma identidade própria e plena, na sua dimensão intra e interpessoal, a sociedade não pode esquecer que os «*mais simples*» integram uma potencialidade emotiva e funcional capaz de surpreender os mais incrédulos ... Estamos mais conscientes que a sexualidade não se esgota no acto sexual. Ela é prazer e descoberta. É palavra e gesto. Amizade e afecto. Satisfação mas também sofrimento... Ela é a expressão da nossa existência ... A minimização desta sexualidade desadequada dependerá, indubitavelmente, de mudanças profundas nas representações sociais em torno da sexualidade e da deficiência mental. Aceitando a verdadeira dimensão da sexualidade e associando-a aos princípios e práticas da educação para a cidadania, ficará claro que não se trata somente de responsabilizar família e profissionais mas, sobretudo, de consciencializar toda uma mentalidade social para o direito dos «*mais simples*» viverem a sua sexualidade e usufruírem de uma educação sexual que conduza ao direito de escolherem, decidirem e desenvolverem a sua própria vida afectivo-sexual” – itálico do autor.

Aliás, repare-se que, em 2000, a OMS afirmava que a saúde sexual “inclui questões de autoestima, livre expressão, carinho pelos outros e valores culturais. Pode ser descrita como uma forma positiva de integração de aspetos físicos, emocionais, intelectuais e sociais da sexualidade. A sexualidade influencia pensamentos, sentimentos, interações e ações entre outros seres humanos e motiva as pessoas a encontrar o amor, contactos, ternura e intimidade”²³.

Como afirma Fátima Denari²⁴, “inúmeras restrições têm sido impostas às pessoas com deficiência mental, desde a adolescência, em nome de uma ética sexual concebida sob o signo do temor, disfarçadas em protecionismo rigoroso e altamente paternalista, corroborando uma determinada concepção de pessoa, deficiência e sexualidade humana” – restrições que eram também reconhecidas pela ONU no Programa de Acção Mundial para as Pessoas com Deficiência²⁵.

Por outro lado, há que reconhecer que corresponde apenas a um mito a ideia de que as pessoas com deficiência são “crianças assexuadas”. Com efeito, Shimono, Sumiko Oki e Barboza, Renato²⁶ já apresentaram um quadro de desenvolvimento sexual nos diversos níveis de limitações mentais, desde aqueles que apresentando uma idade mental abaixo dos dois anos (e que têm “dificuldade de viver a própria sexualidade... de (estabelecer) uma relação sexual ... e vida reprodutiva excepto como vítima”) até àqueles com idade mental entre os sete e os doze anos (que já apresentam “total independência pessoal, boas condições de convivência social, relacionamento interpessoal mais estável e consciência do seu desenvolvimento sexual”). Também Gejer, Débora²⁷ afirma que “uma pessoa com deficiência mental leve ou moderada pode compreender e adquirir parâmetros para discernir o que é adequado ou não, o que é privado ou público, quem tem permissão de tocar em suas partes íntimas e ainda entender as consequências do ato sexual, como a gravidez e o contágio de

²³ Tradução livre do seguinte texto: “it includes issues of self-esteem, self expression, caring for others and cultural values. Sexual health can be described as the positive integration of physical, emotional, intellectual and social aspects of sexuality. Sexuality influences thoughts, feelings, interactions and actions among human beings, and motivates people to find love, contact, warmth and intimacy. It can be expressed in many different ways...” – em Module 4 – Understanding Sexual and Reproductive Health including HIV/AIDS and STDs Among Street Children, Disponível em http://www.who.int/substance_abuse/activities/street_children/en/index.html.

²⁴ Em “Sexualidade & Deficiência mental: reflexões sobre conceitos”, ob. cit..

²⁵ Resolução 37/82.

²⁶ In “Viver a Sexualidade é um Direito de Todos”, ob. cit.

²⁷ In “O adolescente com deficiência mental e a sua sexualidade”, ob. cit.

doenças sexualmente transmissíveis”. E Albuquerque, Marta²⁸ conclui que “devemos pensar o deficiente mental como um ser digno de viver, da melhor forma possível, todos os aspectos da sua vida, incluindo a vivência da sua própria sexualidade, apesar das suas limitações”.

Nesta matéria, a CNUDPD, no art.º 23.º, obriga os Estados a tomarem medidas apropriadas para eliminar a discriminação em todas as questões relacionadas com o casamento, a família, a paternidade e as relações pessoais, reconhece o direito ao casamento “com base no livre e total consentimento dos futuros cônjuges”, o direito a decidirem “livre e responsabilmente” sobre o número de filhos e o espaçamento dos seus nascimentos, declara o direito à educação em matéria de procriação e planeamento familiar assim como o direito a que lhes sejam disponibilizados os meios necessários para lhes permitirem exercer estes direitos. O mesmo normativo, assim como o art.º 25.º, afirma também o direito de as pessoas com deficiência manterem a sua fertilidade.

Porém, no ordenamento jurídico interno o Estado Português tem primado pelo silêncio quanto à promoção de políticas dirigidas às pessoas com deficiência no âmbito do direito à educação sexual, ao planeamento familiar e à saúde sexual. Tacitamente o Estado tem permitido que se mantenham os preconceitos e impedido, de facto, que as pessoas com deficiência ultrapassem os obstáculos ao exercício daqueles direitos.

Verifica-se esse silêncio, por exemplo, na Lei n.º120/99, de 11.8, que tem como objecto garantir “a promoção a uma vida sexual e reprodutiva saudável, mais gratificante e responsável, consagrando medidas no âmbito da educação sexual, do reforço do acesso ao planeamento familiar e aos métodos contraceptivos”. Tendo sido regulamentada pelo DL n.º259/2000, de 17.10, os dois diplomas pretendem promover a educação sexual, o planeamento familiar e o acesso dos jovens aos cuidados de saúde na área da sexualidade mas ambos são totalmente omissos quanto aos jovens com deficiência e aos mecanismos e medidas adequadas às diferentes limitações.

Repare-se, também, no silêncio da Resolução da Assembleia da República n.º 46/2010, de 21.5, relativa ao “Direito à informação e acesso aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres ao longo do seu ciclo de vida”. Esta recomenda, nomeadamente, ao Governo a implementação de várias políticas no âmbito da sexualidade, reconhece o direito à vida sexual (nomeadamente, quando exige a garantia do planeamento familiar e o acompanhamento das situações de “desinteresse sexual”) e concebe o direito à procriação e o à vida sexual como ramificações do direito fundamental à saúde. Porém, é totalmente omissa relativamente às

²⁸ In “A Sexualidade na deficiência mental profunda ...”, ob. cit.

peças com deficiência, em particular quanto às peças com deficiência mental ou intelectual, não prevendo sequer acompanhamento médico e psicológico às mesmas.

2.7.2. Um regime jurídico em rota de colisão com direitos fundamentais – a exigência de uma nova conceção jurídica

Como sabemos o interdito, e o inabilitado quando a capacidade se fundou em anomalia psíquica, não poderá casar porquanto esta incapacidade constitui um impedimento dirimente absoluto (artigos 1600.º e 1601.º, al. b), do CC).

E, de harmonia com o art.º 1601.º, al. b), do CC, obsta também ao casamento “a demência notória”, mesmo durante os intervalos lúcidos.

Também o casamento católico só pode ser celebrado por quem tiver capacidade matrimonial civil (art.º 1596.º, do CC).

Acresce que o casamento também é anulável quando o nubente, no momento da celebração, não tinha consciência do acto que praticava, por incapacidade acidental ou outra causa (art.º 1635.º, al. a), do CC).

Por último, nos termos do art.º 2.º, al. b), da Lei n.º7/2001, de 11.5, também impedem a atribuição de direitos fundados na união de facto a demência notória e a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica (salvo se a demência se manifestar em momento posterior ao do início da união de facto).

E sabemos que é conferida legitimidade para invocar o vício da anulabilidade a um elevado número de familiares da pessoa com deficiência (v.g. art.º 1639.º, do CC), sem exigir que os mesmos possuam, de facto, uma relação próxima com aquela. Acresce que, nos termos do art.º 1643.º, do CC, a ação de anulação pode ser instaurada já depois uma longa vida em comum.

Por outro lado, o interdito por anomalia psíquica não pode perfilhar (art.º 1850.º, n.º1, do CC) nem aqueles que forem “notoriamente²⁹ dementes no momento da perfilhação”. Deste modo, a atribuição da maternidade e da paternidade a estes só pode ser decretada por decisão judicial no âmbito de uma ação de investigação de maternidade ou de paternidade (respetivamente, artigos 1814.º e 1869.º, do CC). O vício da perfilhação por aquelas peças é o da anulabilidade (art.º 1860.º, do CC) que fica dependente de ser arguida em ação

²⁹ Pinto, Mota defende que o sentido de notoriedade não é o constante do art.º 257.º, do CC, mas antes aquela anomalia psíquica inequívoca e que não suscita dúvidas (*Teoria Geral da Relação Jurídica*, ob. cit., p. 139). Nesse sentido também Sousa, António Pais de, e Matias, Carlos Oliveira, *Da Incapacidade Jurídica dos Menores...* ob. cit. fls. 260.

instaurada pelo tutor, no prazo de um ano, ou pelo perfilhante, decorrido que seja um ano sobre o levantamento da interdição. Findos tais prazos, a acção caducará e a perfilhação permanecerá válida (art.º 1861.º, do CC). De realçar que os inabilitados e os interditos por outras causas que não a anomalia psíquica não necessitam de autorização, respectivamente, do curador e do tutor, para perfilhar (art.º 1850.º, n.º 2, do CC).

Já no âmbito do exercício das responsabilidades parentais (artigo 1913.º, n.º1, do CC) o interdito e o inabilitado por anomalia psíquica estão plenamente inibidos.

Quanto aos interditos e inabilitados com outros fundamentos (por exemplo, por surdez-mudez ou cegueira) os mesmos estão inibidos de representar o filho e administrar os seus bens (art.º 1913.º, n.º 2, do CC).

Por sua vez, no âmbito do direito à adoção os normativos legais são omissos quanto à capacidade dos interditos e dos inabilitados. Porém, se atentarmos em que, quando a causa da incapacidade se fundamenta na anomalia psíquica, a ambos está vedado o exercício das responsabilidades parentais e ao interdito por anomalia psíquica está também vedada a capacidade para perfilhar, cremos que, em obediência à *ratio* do legislador de 1966, é suscetível que se conclua, *a fortiori*, que pelo menos o interdito por anomalia psíquica, também não poderá adotar³⁰.

Por último, como o atual regime jurídico da interdição fundada na surdez-mudez e na cegueira inibe os interditos de representarem e administrarem o património dos filhos, é suscetível de se concluir que também a estes se encontra vedada a adoção, argumentando-se que a adoção não realizará “o superior interesse da criança” e não “apresenta reais vantagens para o adotando”³¹.

Porém, não podemos esquecer que são muitos os instrumentos internacionais, europeus e comunitários que protegem o direito de cada um ao casamento, a constituir família e à proteção da sua vida privada.

Desde logo, a DUDH (art.º 16.º), o PIDCP (art.º 23.º), o PIDESC (art.º 10.º) e a CEDH (art.º 12.º) garantem o direito a constituir família e reconhecem esta como “o elemento natural e fundamental da sociedade”, sendo que a DUDH assegura, no art.º 12.º, que “ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada”.

³⁰ Como se verá, de seguida, não é esta a interpretação que perfilhamos.

³¹ Assim Sousa, António Pais de, e Matias, Carlos Oliveira, *Da Incapacidade Jurídica dos Menores...*, ob. cit., fls. 237. Não é esta, porém, a interpretação jurídica que perfilhamos.

E no direito interno também a CRP, no art.º 36.º, n.º1, abrange no seu âmbito de protecção quer o direito ao casamento quer o direito à procriação³².

Por outro lado, importa não esquecer que os conceitos do direito à procriação e do direito a constituir família surgem no contexto da luta pelos direitos da mulher, transformando as formas de configuração da família (com ou sem filhos, com ou sem casamento/união de facto, entre pessoas de sexo diferente ou igual e monoparentais ou não) e das relações pessoais íntimas, já não ligadas, nem legal nem culturalmente, ao casamento. Daí que se concorde com Vítor Santos Queiroz³³, quando este afirma que “tal rutura de valores tem fundamental importância para o tratamento da questão do direito à procriação, na medida em que desloca o foco da questão dos interesses referentes ao casamento para os interesses titularizados pelas pessoas envolvidas”.

Por sua vez, o art.º 80.º, do CC, e o art.º 26.º, n.º 1, da CRP, afirmam o direito à reserva da intimidade da vida privada e, este último, consagra um direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade (que engloba a autonomia individual e a autodeterminação), assegurando a cada um a liberdade de estabelecer o seu projeto de vida. Assim, com estes normativos garante-se a protecção do direito à intimidade e à liberdade da vida privada (tendo em conta o “respeito dos comportamentos³⁴” e da “vida em relação³⁵”).

Ora, a consagração de todos estes direitos constitui uma base jurídica para se afirmar o direito à autodeterminação sexual, o direito a casar, o direito à procriação, a perfilhar, a adotar e para exercer as responsabilidades parentais. Direitos de que todo o ser humano é titular e, portanto, também as pessoas com deficiência mental ou intelectual e cujo exercício só pode ser limitado depois de judicialmente determinada a falta e grau das aptidões necessárias nessas áreas.

Aliás, o próprio direito à integridade física reconduz-se também ao direito da pessoa usar e dispor do seu corpo e constitui uma base jurídica para o direito à vida sexual e à procriação de todo o ser humano.

Acresce que o direito à liberdade pessoal é um direito fundamental, desde logo consagrado no art.º 1.º e art.º 27.º, da CRP, o que significa que toda a pessoa é possuidora de uma esfera pessoal de autonomia e de autodeterminação. Ora, a liberdade para casar, para procriar, para perfilhar, para adotar e para exercer as responsabilidades parentais deve

³² Assim Campos, Diogo Leite de, *Lições de Direitos de Personalidade*, ob. cit., p. 84 – 86.

³³ *Direito à Procriação: fundamentos e consequências*, ob. cit..

³⁴ Canotilho, Gomes e Moreira, Vital, *Constituição...*, ob. cit., p. 468.

³⁵ Idem.

também ser concebida como um corolário da liberdade pessoal e do respeito pela reserva da intimidade da vida privada de cada pessoa.

Em 1966 Antunes Varela³⁶ esclarecia-nos sobre a *ratio* das limitações da capacidade de exercício de alguns direitos pessoais. Com efeito, referindo-se especificamente à consagração do referido impedimento dirimente ao casamento, afirmava que se pretendeu “evitar, por um lado, que as taras psíquicas do nubente se prolonguem a outras gerações (razão de ordem eugénica); e procurou-se impedir, por outro lado, que no organismo social, com o beneplácito ou a indiferença da lei, se venham a formar células familiares doentes, antecipadamente ameaçadas na sua estabilidade e no seu funcionamento pelas graves anomalias de temperamento ou de carácter de um dos cônjuges”.

Ora, hoje, face aos conhecimentos médicos que permitem antecipadamente saber se existe risco de doenças geneticamente transmissíveis, face aos novos e múltiplos métodos contraceptivos e perante o atual conceito sociológico de família, a argumentação deste ilustre jurista já não nos parece válida, até porque parte de uma ideia (hoje, já preconceito) de que todas as pessoas com deficiência mental ou intelectual não possuem aptidões para constituírem uma “célula familiar” estável e equilibrada.

É que há que reconhecer que existem experiências bem-sucedidas de casamento entre ou com pessoas com deficiência mental ou intelectual³⁷, que a deficiência mental e intelectual

³⁶ *Direito da Família*, ob. cit., fls. 164.

³⁷ V.g., com interesse, a sentença de 23.2.2010, (deduzida nos autos de Processo de Interdição n.º 7458/08.8 TCLRS, que correu termos na 2ª Vara Mista de Loures, inédita), na medida em que resulta dos factos dados como provados que um casamento em que um dos progenitores é uma pessoa com deficiência mental pode ter êxito, perdurar durante anos e possuir o ambiente harmonioso para o crescimento de uma filha (concretamente os factos dados como provados que concluíram pela inabilitação devido a “debilidade mental” foram os seguintes:

“1 – A... nasceu no dia ... de 1954, na freguesia ..., concelho ... ; 2 – É filho de ... e de ... ; 3 – A... sofre de sífilis congénita desde os seis anos de idade; 4 – Tal patologia afectou o seu sistema nervoso central, limitando o seu desenvolvimento intelectual; 5 – Por força de tal quadro clínico, A..., pese embora tenha frequentado a escola, não atingiu as capacidades básicas de uma leitura funcional; 6 – Não sabe expressar-se por escrito, muito embora se mostre capaz de escrever o nome completo e morada sem erros ortográficos; 7 – Conseguir identificar e reproduzir o nome completo da sua filha de 14 anos; 8 – Revela alterações articulatórias do discurso que tomam o diálogo por vezes ininteligível; 9 – Possui um vocabulário correspondente ao utilizado por uma criança; 10 – Sabe vestir-se e despir-se sozinho; 11 – Não consegue distinguir o direito do avesso das roupas, nem a suja da lavada, nem a adequada às condições climatéricas; 12 – Não sabe confeccionar refeições, muito embora consiga aquecer no microondas refeições previamente elaboradas; 13 – Reconhece o valor facial das notas e moedas de euro, embora para as moedas tenha que

afeta em grau diferente quer a capacidade volitiva quer de compreensão e que nem todas as pessoas com estas deficiências ficam necessariamente com qualquer destas capacidades eliminadas.

Reconhecemos, porém, que culturalmente é difícil dissociar o exercício do direito à vida sexual e o casamento do risco da gravidez ou de transmissão de doenças. Assim como é difícil dissociar a anomalia psíquica da eventual inaptidão para ser pai/mãe e para o exercício das responsabilidades parentais ou para afastar comportamentos sexuais de risco ou assegurar a proteção da saúde, educação e formação dos filhos. Porém, o direito não pode desconhecer os avanços da medicina contraceptiva e das terapêuticas educacionais e, conseqüentemente, desconhecer que, com a vigilância do “protetor” a gravidez pode ser evitada. Por outro lado, o direito não pode desconhecer que, dependendo do grau de deficiência, com a adequada educação junto da pessoa com deficiência, da família e da escola, aquela pode adquirir as competências parentais.

Na verdade, a regra geral tem de ser o reconhecimento de todos à liberdade sexual, ao direito ao casamento, à procriação, à adoção, à perfilhação e ao exercício das responsabilidades parentais, respeitando-se a liberdade do ser humano, o direito da pessoa a se autodeterminar em matérias tão fundamentais quanto aquelas que se encontram no âmbito do seu foro familiar e pessoal.

Esta conclusão fundamenta-se nos valores que fluem dos documentos da Comunidade Internacional e nos princípios fundamentais já enunciados. E a mesma não colide com a eventual necessidade de se limitar o exercício destes direitos em função das exatas aptidões das pessoas com deficiência mental ou intelectual. Por exemplo, é para nós claro que há que determinar se o exercício daqueles direitos pessoais entra em conflito com os direitos dos filhos, uma vez que o ambiente familiar poderá não ser o adequado para o desenvolvimento harmonioso da personalidade destes. Com efeito, nos termos do art.º 36.º, n.ºs 5 e 6, da CRP, os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos mas estes também têm o

se certificar olhando para a inscrição facial das mesmas, sem lograr inteligir o seu valor real; 14 – Pese embora reconheça os locais onde se encontra, não se consegue deslocar ou movimentar sozinho para locais que desconheça; 15 – Sabe utilizar os transportes públicos que habitualmente usa para se deslocar para o seu local de trabalho; 16 – A... consegue passear sozinho em locais públicos; 17 – É ajudante de jardineiro na ..., tratando do jardim de uma escola de acordo com as instruções que lhe são transmitidas; 18 – A... consegue realizar alguns recados correctamente”).

direito a viver, a manterem-se e a serem assistidos pelos pais³⁸. Porém, estes princípios da proteção da unidade familiar, das crianças a não serem separadas dos pais, ligados ao direito dos filhos de interagirem com a família em sentido lato permite concluir que apenas no caso de o interesse dos filhos se encontrar efetivamente em perigo é que o exercício de tais direitos pode sofrer limitações.

Resumindo, a relação do menor com um familiar – progenitor, ascendente ou outrem – com deficiência física, sensorial, mental ou intelectual não tem qualquer especificidade, nem os direitos daqueles e destes sofrem quaisquer limitações, a não ser que após confirmação judicial se conclua que essa deficiência é suscetível de colocar em risco a educação, a vida, a integridade física, em resumo, os direitos fundamentais da criança. Na verdade, não se pode perder de vista os estudos psicológicos³⁹ que asseguram que o início das relações afetivas surge marcado pelas relações com os progenitores e que realçam a importância da família e, em concreto, dos progenitores, para o desenvolvimento individual da criança.

Com efeito, relativamente às pessoas com deficiência mental ou intelectual, coloca-se o problema de encontrar um justo equilíbrio entre vários direitos que, por vezes, conflituam: por um lado, a liberdade do indivíduo, a sua autonomia, a sua autodeterminação, a sua dignidade, a proteção que lhe é devida como pessoa e, por outro, o direito dos seus filhos a crescerem num ambiente equilibrado e sadio e a serem protegida a sua educação, saúde e formação.

Porém, quaisquer limitações ao exercício dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência mental ou intelectual que se configuram como futuros progenitores terão de se limitar “ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, não podendo diminuir “a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”. Isto é, qualquer limitação ou restrição tem de obedecer a critérios de adequação, proporcionalidade e necessidade.

A final, o direito à liberdade, à igualdade e à não discriminação, a proteção da dignidade do ser humano, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, à qualidade de vida, à autodeterminação, à proteção da integridade física, o direito à saúde sexual e reprodutiva e à

³⁸ Salvo se os pais ou os filhos não cumprirem os seus deveres, podendo os pais ser inibidos dos exercícios das responsabilidades parentais ou ver limitado o mesmo (artigos 1913.º a 1920-A.º, do Código Civil), por exemplo, com a colocação do filho em instituição para sua proteção (Lei 147/99, de 1.9, Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo) ou quando, na sequência de atos graves praticados pelos menores, estes sejam sujeitos a medidas tutelares educativas (Lei 166/99, de 14.9, Lei Tutelar Educativa).

³⁹ V.g. nesta matéria Canavarro, Maria Cristina Sousa, *Relações Afectivas e Saúde Mental*, ob. cit., que a fls. 54.

intimidade da vida privada são os fundamentos do direito das pessoas com limitações cognitivas à sexualidade, à procriação, ao casamento, a perfilhar, a adotar e para o exercício das responsabilidades parentais, fundamentos nos quais tem de se radicar a compreensão e discussão jurídica destes direitos.

Por tudo o exposto, devido à inter-relação dos vários direitos fundamentais já referidos e o direito à vida sexual, à procriação, ao casamento, à perfilhação, à adoção e ao exercício das responsabilidades parentais, a limitação genérica daqueles direitos relativamente às pessoas com deficiência física, sensorial, intelectual ou mental, tal como se encontra consagrada no atual regime jurídico, é suscetível de revelar-se inconstitucional quando aplicada a uma pessoa com aptidões naquelas áreas da vida. O ordenamento jurídico não pode proibir de forma absoluta o exercício daqueles direitos (ou de qualquer outro) pelas pessoas com deficiência mental ou intelectual, tendo cada caso de ser apreciado de *per si*, a fim de se determinar se há necessidade de supervisão no exercício dos mesmos, a quem cabe essa supervisão e quais os deveres que recaem sobre o “supervisor/ protetor”. Veja-se que Pinheiro, Duarte⁴⁰ admite que “seria pelo menos, adequada uma alteração legal que permita àqueles que sofrem de demência de direito ou de facto notória e habitual contraírem validamente casamento, quando seja judicialmente apurado que a perturbação mental não impede a vida conjugal. A rigidez da solução legal do art.º 1601.º, al. b), cria a suspeita de uma restrição inconstitucional dos direitos do cidadão portador de deficiência mental (cfr. arts. 71.º, n.º1, 36.º, n.º1, e 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP”.

Só se reconhecermos aqueles direitos pessoais é que se garante o direito de a pessoa com deficiência mental ou intelectual viver plenamente. Só assim é possível admitir que o exercício pleno da cidadania não é uma miragem para as pessoas com deficiência mental ou intelectual.

Aliás, esta visão não é estranha a outros ordenamentos jurídicos. Recordemos que, mesmo sujeito à representação por *Betreuer*, a pessoa com deficiência mental na Alemanha não se encontra inibida de casar, de perfilhar e de adotar. E em França o casamento de uma pessoa submetida ao instituto da curatela pode ocorrer com autorização do curador e, quando sujeito à proteção da tutela, com autorização do juiz ou do Conselho de Família.

Uma visão conforme a Constituição exige que se interprete aqueles normativos – na redacção actual – como sendo aplicáveis apenas às pessoas com deficiência mental profunda,

⁴⁰ In “O Direito da Família Contemporâneo, ob. cit., a fls. 415.

isto é, que não possuem capacidade de entendimento daqueles direitos e dos deveres que lhes subjazem.

3. Críticas ao regime adjetivo da interdição

O processo judicial de que está pendente a declaração de interdição ou inabilitação vem regulado no art.º 891.º e ss. do CPC.

Ora, em primeiro lugar, é suscetível de críticas o uso de designações estigmatizantes como seja a identificação da audiência do requerido na ação como sendo “interrogatório”. “Interrogatório” é um conceito que se encontra associado aos processos penal e contraordenacional, onde o requerido é suspeito da prática de um crime ou de um ilícito de mera ordenação social, não fazendo sentido que o mesmo conceito seja estendido às ações de interdição e de inabilitação⁴¹.

Estigmatizante é também a publicidade do processo de interdição logo que a ação é instaurada, isto é, sem que tenha merecido provimento e apenas perante um juízo de admissibilidade processual. Com efeito, nos termos do art.º 892.º, do CPC, apresentada a petição inicial o juiz determina a afixação de editais no Tribunal e na sede da Junta de Freguesia da residência do requerido, com menção do nome deste e do objeto da ação, e manda publicar, com as mesmas indicações, anúncio num dos jornais mais lidos na respetiva circunscrição judicial. Compreendemos que a publicidade se imponha por razões de segurança jurídica, mas a criação de um registo próprio⁴², de acesso restrito a quem demonstrasse interesse legítimo ou o registo provisório da ação no assento de nascimento seria o suficiente para salvaguardar a proteção dos interesses de terceiros nos negócios jurídicos. Aliás, repare-se que o Princípio 4 da Recomendação n.º R (99) 4, do Comité dos Ministros do Conselho da Europa aos Estados-membros, exige que a publicidade das medidas seja circunscrita apenas quando é necessário para a proteção de terceiros, portanto tacitamente afastando o funcionamento automático. Outra medida que se nos afigura de maior garantia dos terceiros de boa-fé e também mais relevante para a proteção real e efetiva do património da pessoa declarada interdita ou inabilitada seria o averbamento da ação de interdição ou de inabilitação no registo predial ou no registo de propriedade dos bens móveis sujeitos a registo. A

⁴¹ Na nova redação do CPC, introduzida em 2013, o legislador substituiu o conceito de “arguido” pelo de “requerido” mas, incompreensivelmente, manteve o de “interrogatório”.

⁴² Na Itália a medida é publicitada no assento de nascimento (art.º 405.º, do CC Italiano), mas também se criou um registo próprio.

publicidade por este meio (de que tal bem integra o património de uma pessoa em relação à qual corra termos um processo daquela natureza) permitiria uma maior transparência no negócio jurídico e reduziria as situações de abuso (na medida em que os adquirentes de boa-fé melhor controlariam a legalidade do negócio).

Há, também, que repensar o conceito de legitimidade nestas ações.

Desde logo, não se compreende por que motivo não se encontra expressamente prevista a legitimidade ativa do requerido (em termos análogos com o que sucede no instituto da *Betreuung*, na Alemanha). E afigura-se-nos também que há que admitir que a pessoa com capacidade de exercício que preveja vir a ser judicialmente “incapacitada”, no futuro, possa adotar disposições relativamente à designação de tutor ou curador. É que, deste modo, também se dá conteúdo ao princípio da autonomia e da autodeterminação (como admite, por exemplo, o art.º 446.º do Código Civil Francês, ou o art.º 223.º, n.º 2, do CC Espanhol). De *jure constituindo* há que permitir que, por documento autenticado, a pessoa em pleno uso de todas as suas capacidades e potencialidades disponha sobre como e por quem deve ser administrado o seu património e a sua pessoa, para a eventualidade de vir a sofrer de limitações físicas e/ou mentais⁴³. Mais, com vista a impedir que tais documentos, por não serem conhecidos (ou se pretender sonegá-los) sejam ignorados, deveria ser admissível que os mesmos fossem averbados no assento de nascimento da pessoa interessada⁴⁴ ou criado um registo nacional para tal fim.

Por outro lado, há que pensar um conceito de legitimidade ativa amplo que permita incluir um familiar mais afastado ou um amigo ao cuidado de quem se encontra a pessoa requerida ou o representante da instituição onde se encontra a pessoa requerida a residir. Repare-se que, no atual regime, o membro da união de facto só terá legitimidade se, com recurso à hermenêutica jurídica, se conjugar o Código Civil com a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio.

Não se encontra também consagrada qualquer obrigação do tribunal de atender às decisões da pessoa requerida, nem um dever de fundamentação caso a decisão judicial determine em sentido contrário ao da vontade daquele (lembremo-nos que na Alemanha a vontade da pessoa assistida tem de ser sempre ponderada). Afinal, a Recomendação n.º R (99) 4 determina, no Princípio 9, exige o respeito pela vontade e desejos da pessoa com deficiência. Assim, deveria encontrar-se legalmente consagrado que a vontade do requerido, por exemplo

⁴³ No caso de diagnóstico de doenças degenerativas, como a Alzheimer, é mais evidente a relevância deste “instituto”.

⁴⁴ Foi esta a opção do legislador espanhol, como se vê da atual redação do art.º 223.º, do Código Civil.

na escolha do tutor ou do curador (mas também quanto ao âmbito da medida) só poderia ser afastada por decisão fundamentada.

Por outro lado, segundo os princípios 16 e 17 da Recomendação n.º R (99) 4, o regime jurídico deve assegurar o adequado controlo da aplicação das medidas e das decisões dos que assistem ou representam a pessoa protegida. É certo que o protutor e o Conselho de Família possuem funções de fiscalização, mas questionamos até que ponto tal fiscalização pode, de facto, ocorrer uma vez que o tutor e o curador não têm a obrigação legal de apresentar relatórios periódicos sobre a sua gestão. Se os atos que por lei exigem a autorização do tribunal são controlados por este, todos os restantes, de administração ordinária, só poderão ser fiscalizados se existir visibilidade para o exterior da esfera íntima. O ordenamento jurídico interno deveria exigir a apresentação de um relatório periódico sobre as atividades administrativas do tutor e do curador, a remeter aos membros do Conselho de Família (sem formalismos especiais), a fim de permitir o efetivo controle por estes⁴⁵. É que, mesmo os meros atos de gestão, ou a omissão dos mesmos, podem causar prejuízos graves. Aliás, deverá proceder-se a um competente estudo sociológico que permita aferir se não se imporá a criação de estruturas públicas (eventualmente com a participação da comunidade) que apoiem as funções dos curadores e dos tutores⁴⁶ ou que controlem a actividade destes (libertando os tribunais).

Acresce que, reconhecendo-se que a medicina evolui hoje a um ritmo intenso, a sentença que limita a capacidade civil deveria determinar qual o período mínimo em que a medida de interdição ou de inabilitação deveria ser reapreciada. É, aliás, o que resulta do Princípio 14 da Recomendação n.º R (99) 4 que afirma que devem avaliar-se periodicamente as medidas de proteção. É que, mesmo não existindo fundamento para cessar a incapacidade

⁴⁵ No regime jurídico Italiano, o administrador deve apresentar um relatório ao tribunal sobre a actividade e condições da vida pessoal e social do requerido, e, em Espanha, o art.º 232.º, do Código Civil, permite que se possa exigir ao tutor “que informe sobre a situação do ... incapacitado e do estado da administração da tutela”. Acresce que o art.º 233.º do CC Espanhol, também admite que o juiz poderá “estabelecer as medidas de vigilância e de controle que estime oportunas”.

⁴⁶ Nesse sentido, v.g. as alterações ao regime jurídico português sugeridas no *Relatório da Comissão de Juristas sobre Medidas de Protecção dos Direitos das Pessoas em Situação de Incapacidade e Direito de Alimentos de Maiores em Situação de Carência Económica – Anteprojecto de Decreto-Lei*, apresentado em Maio de 2000 à Comissão Executiva do Ano Internacional para as Pessoas Idosas, obra colectiva. Sobre esta matéria ver também o projecto legislativo apresentado por Vítor, Paula Távora, *Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, ob. cit..

civil, a situação em concreto pode exigir que se repondere quais os atos que devem (ou não) continuar dependentes de autorização ou consentimento.

Repare-se também que, embora se encontrem elencadas as pessoas a quem incumbe exercer o cargo de curador ou de tutor, nada se prevê quando o adulto protegido não possui nem familiares nem amigos ou conhecidos, disponíveis e em condições de assumirem aqueles cargos. Na prática judicial tem-se recorrido ou a um membro indicado por organismos de Segurança Social ou, quando o adulto se encontra internado, pelo responsável pela instituição onde o adulto se encontra. Ora, questionamos se, nesta matéria, não deveria ser celebrado um protocolo com os organismos de Segurança Social ou ponderar-se na solução existente no ordenamento jurídico francês, que possui uma lista de mandatários judiciais para este fim.

Por outro lado, questionamos se, em vez dos atuais tribunais cíveis (que são aqueles que são competentes para as ações de interdição e inabilitação) os tribunais de família não terão maior vocação para as questões que se colocam nestas ações.

Conclusões

Na interdição estamos perante um regime jurídico que é suscetível de desrespeitar direitos fundamentais.

Desde logo, o exercício dos direitos ao casamento, à adoção, à perfilhação e ao exercício das responsabilidades parentais está vedado às pessoas com deficiência mental sem que tenha sido apreciada a sua capacidade volitiva e de entendimento nestas matérias.

Na verdade, impõe-se que a legislação estimule o respeito pelos domínios da capacidade da pessoa, que o regime da incapacidade seja adaptável às situações concretas, que se incentive a participação das pessoas declaradas interditas na gestão da sua vida e do seu património e na escolha do seu representante – na medida das suas próprias capacidades cognitivas – e que se preveja um processo rigoroso de controlo da representação.

Sabemos que a necessidade de proteger a pessoa com deficiência mental ou intelectual na gestão do seu património ou na sua vida pode exigir limitações na capacidade de exercício de direitos, mas há que entender que qualquer restrição à capacidade civil deve ser adequada, necessária e proporcional e ter como finalidade a proteção de outros direitos ou interesses fundamentais. Assim, parece não ser possível deixarmos de concluir que serão inconstitucionais as limitações na capacidade de gozo e de exercício de direitos que, no caso concreto, se revelem inadequados à pessoa com deficiência. Inconstitucionalidade que resulta

de a pessoa com deficiência interdita ver o exercício de direitos fundamentais limitados⁴⁷, mesmo possuindo aptidões para a prática dos atos que lhe foram vedados.

E porque o regime civil se encontra desajustado aos novos paradigmas sociais também não pode continuar por regular o regime de gestão do património das pessoas com doença mental internadas em instituições de saúde mental. Com efeito, apesar de a Lei n.º 38/2004, de 18 de Agosto, especificar, no art.º 41.º, que “compete ao Estado adoptar medidas específicas necessárias para assegurar a protecção patrimonial da pessoa com deficiência”, apesar de a Lei da Saúde Mental – Lei 36/98, de 24.7, com a última redacção introduzida pela Lei 101/99, de 26.7 – afirmar, no art.º 46.º, que “a gestão do património dos doentes mentais não declarados incapazes é regulada por decreto-lei” e apesar de no Plano Nacional de Saúde Mental – aprovado na Resolução do Conselho de Ministros n.º 49/2008, de 2008-03-06, para vigorar entre 2007-2016 – se concluir que se “parece justificar” que seja regulada “a gestão do património e das pensões das pessoas residentes nos hospitais psiquiátricos”, a verdade é que o diploma competente continua por publicar⁴⁸. Há, pois, aqui uma flagrante inatividade do legislador, tanto mais grave quanto os regimes que permitem a gestão do património se encontram manifestamente desadaptados aos princípios basilares já enunciados.

Acresce que não pode manter-se por fixar os limites de representação no domínio da esfera pessoal, nem manter-se um regime jurídico que permite entender que os poderes de representação do tutor abrangem a totalidade dos direitos de personalidade.

Em síntese, a capacidade civil de exercício das pessoas com deficiência mental ou intelectual deve encontrar-se balizada pelos princípios e direitos fundamentais à luz dos novos paradigmas que estruturam a Comunidade Internacional, exigindo-se a valorização da pessoa com deficiência, das suas aptidões e das suas capacidades volitiva e de entendimento.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Marta – *A Sexualidade na deficiência mental profunda: um estudo descritivo sobre atitudes de pais e profissionais*. [Consult 15 Maio 2007] Disponível em WWW, em www.psicologia.com.pt.

⁴⁷ Concretamente por violar o princípio da protecção da dignidade da pessoa humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito à igualdade, à não discriminação, à qualidade de vida, à autonomia, à autodeterminação, à saúde, à liberdade, à intimidade da vida privada e à integridade física.

⁴⁸ A última vez que confirmámos que continuava sem ter sido publicada a regulamentação foi em 28.3.11.

- ALVES, Raul Guichard – Alguns Aspectos do Instituto da Interdição, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Direito e Justiça*, Lisboa, Vol. 9, Tomo 2, 1995, p.131-168.
- CAMPOS, Diogo Leite de – *Lições de Direitos de Personalidade*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- CANAVARRO, Maria Cristina Sousa – *Relações Afectivas e Saúde Mental*. Coimbra: Edições Quarteto, 1999.
- CANOTILHO, J.J. Gomes – *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, reimpressão, Coimbra Editora, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, 4ª edição, Vol. I de 2007 e Vol. II de 2010.
- DENARI, Fátima – *Sexualidade & Deficiência mental: reflexões sobre conceitos*. [Consult. 26 Jun 2010]. Disponível em WWW, em <URL www.abpee.net>.
- GEFFROY, Claire – La protection tutélaire des majeurs en matière personnelle. *La Semaine Juridique*, année 1993, n.º 50. Paris: Éditions Techniques. p. 527-531.
- GEJER, Débora – *O adolescente com deficiência mental e a sua sexualidade*. [Consult. 27 Jun 2010]. Disponível em WWW, em <URL <em <http://www.artsbrasil.org.br>>>.
- JARDIM, Renata Teixeira – *Esterilização Feminina na Óptica dos Direitos Reprodutivos, da Ética e do Controle de Natalidade*. [Consult. 10 Maio 2010]. Disponível em WWW, em <URL <<http://jus2.uol.com.br>, JusNavigandi>>.
- PINHEIRO, Duarte – *Direito da Família Contemporâneo*. 2ª ed. Lisboa: AAFDL, 2009.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Almedina, 1967.
- *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- QUEIROZ, Vítor Santos – *Direito à Procriação: fundamentos e consequências*, Novembro de 2005. [Consult. 10 Maio 2010]. Disponível em WWW, em <URL <<http://jus2.uol.com.br>, JusNavigandi>>.
- RIOS, Roger Raupp – “Para um direito democrático da sexualidade”, de Dezembro de 2006. [Consult. 13 Maio 2010]. Disponível em WWW, em <URL < www.scielo.br>>.
- ROCHA, Jorge – *Viver a Sexualidade é um Direito de Todos*. [Consult. 13 Maio 2010]. Disponível em WWW, em <URL <www.malhatlantica.pt>>.
- Normalizar a sexualidade dos «mais simples»: um desafio a valorizar, [Consult. 14 Jun 2010]. Disponível em WWW, em <URL < www.malhatlantica.pt>>.

- SHIMONO, Sumiko Okj; BARBOZA, Renato – Sexualidade da pessoa com deficiência mental: um passo para a inclusão social. [Consult. 13 Maio 2010]. Disponível em WWW, em <URL <www.inde.gov.mz>.
- SILVA, Irene Serrão – *Orientações Técnicas para Cuidados Informais na Área dos Cuidados Continuados*. Funchal: Direcção Regional de Gestão e Desenvolvimento dos Recursos, 2008. [Consult. 10 jan 2010]. Disponível em WWW, em <URL www.citma.pt>.
- SOUSA, António Pais de; MATIAS, Carlos Oliveira – *Da Incapacidade Jurídica dos Menores, Interditos e Inabilitados*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1983.
- VARELA, Antunes – *Direito da Família*. Lisboa: Livraria Petrony, 1982.
- VAZ, Vera – O suprimento da vontade das pessoas maiores em situação de incapacidade. A experiência da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa. In Hipólito, Mário, coord. I Simpósio FNAFSAM: *O Doente Mental: A Pessoa – A Gestão do Património*, 1, Lisboa, 2004 – Actas. Lisboa: FNAFSAM, 2004, p. 83-92.
- VÍTOR, Paula Távora – *Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Os poderes do representante legal nas situações de internamento “voluntário” à luz do direito português

Versão inicial publicada na “Revista do Ministério Público”, nº 138, abril a junho 2014, pp. 63-94

Geraldo Rocha Ribeiro

I. Introdução

O presente trabalho¹ pretende ser uma primeira abordagem ao vazio legal com que nos deparamos no direito privado português sobre a determinação do âmbito dos poderes conferidos ao representante legal de um incapaz declarado judicialmente. Confrontando as normas do Código Civil português com os interesses do incapaz que subjazem à medida de protecção constituída por sentença judicial (interdição ou inabilitação) não conseguimos determinar, de forma imediata, quais os limites da actuação autónoma do representante legal.

A respeito da esfera pessoal do incapaz apenas encontramos uma norma que disciplina o instituto da representação sobre a função do património do incapaz, o artigo 145.º do Código Civil (de ora em diante identificado como CC). Assim, propomo-nos a fazer um ensaio sobre o actual regime jurídico e a integração da esfera pessoal como centro fundamental do que devem ser os poderes do representante legal e respectivo exercício.

II. Estatuto jurídico do incapaz judicial: dos interditos em particular

O incapaz judicial não deixa de ser pessoa titular plena de direitos fundamentais, entre ele direito à vida, integridade física e psíquica e direito à autodeterminação e liberdade.

Independentemente dos direitos e deveres de que a pessoa seja titular ou responsável, ou que potencialmente possa vir a ser, a verdade é que a personalidade é uma qualidade ou condição do Homem — da sua própria e intrínseca dignidade humana —, sendo através do conceito de capacidade jurídica que é reconhecido pela ordem jurídica a sua aptidão para ser titular de um círculo mais ou menos restrito de relações jurídicas². O reconhecimento a todos os homens de igual personalidade jurídica não tem qualquer relação com a verificação ou

¹ O presente trabalho foi originariamente publicado na *Revista do Ministério Público*, nº 138, abril-junho de 2014, pgs. 63-93, a quem se agradece a autorização para a sua publicação no presente e-book.

² Cfr. CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto (Coimbra: Coimbra Editora, 2005), p. 194.

ausência de capacidade natural de querer e agir. A ausência de capacidade de facto da pessoa repercute-se, essencialmente, nos efeitos da *capacidade de agir legal* e quanto aos direitos de autodeterminação da pessoa humana na capacidade jurídica³.

O reconhecimento universal da personalidade jurídica, enquanto qualidade inata e transcendente do ser humano não é, por isso, objecto de qualquer dúvida. Nas palavras de CARLOS MOTA PINTO: “a personalidade das pessoas singulares é assim uma qualidade jurídica ou um estatuto onde se vaza directamente a dignidade da pessoa humana, de todos e de cada ser humano – e não apenas uma máscara com que alguns actores se movimentam no palco da vida sócio-jurídica”⁴.

Falar de personalidade jurídica é, pois, falar de uma qualidade inata, pertencente a toda a pessoa humana enquanto tal; equivale, pois, a um princípio normativo supra-positivo, fundamental da ordem jurídica portuguesa: o reconhecimento da pessoa humana. Todo o ser humano é um fim em si mesmo, sendo este um dos princípios basilares do nosso Estado de Direito Democrático (artigo 1.º da Constituição). Integram a essência da personalidade humana a sua inadiabilidade, inexpropriabilidade, indisponibilidade e, ainda, ilimitabilidade^{5 6}.

Através de uma sentença judicial constitutiva de uma incapacidade jurídica é estabelecida uma relação jurídica de cuidado fundada na existência de uma situação de vulnerabilidade e dependência em que se encontra uma determinada pessoa e que acarreta o risco de não governação dos seus interesses, bem como o risco de instrumentalização por terceiros ou até pelo próprio Estado. Assim, falar em aptidão ou idoneidade para ser titular de direitos e deveres não é bastante quando a pessoa, pela sua dignidade reconhecida e imposta, não tem competência para assegurar a plena materialização, na sua esfera jurídica, da dimensão subjectiva de determinado direito *personalíssimo* para agir de forma livre, individual e responsável. A impossibilidade de autodeterminação significa que a pessoa carece no momento de agir da necessária qualidade *natural* para afirmar o seu direito, para dispor dos seus bens jurídicos, restando a protecção da dimensão objectiva dos direitos fundamentais por imposição do princípio da dignidade da pessoa humana. Cabe, por isso, à ordem jurídica

³ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica (Sujeitos e Objecto)*, Vol. I (Coimbra: Almedina, 1997), p. 34

⁴ Cfr. CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto (Coimbra: Coimbra Editora, 2005), p. 100.

⁵ “É este valor – o homem e a sua dignidade – o maior valor, o «supremo bem», a que todos os valores são referidos” (cfr. CASTANHEIRA NEVES, “Justiça e Direito”, in *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. I (Coimbra: Coimbra Editora, 1995), p. 278).

⁶ Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Os direitos do Homem no Direito Civil* (Coimbra: Vértice, 1973), pp. 20-23; ver ainda do mesmo autor *Teoria Geral do Direito Civil* (Coimbra: Centelha, 1981), p. 160.

assegurar mecanismos jurídicos para a reintegração da pessoa incapaz como pleno *sujeito* na ordem jurídica.

Chegados aqui podemos dizer que o conceito de capacidade jurídica e capacidade de agir negocial, de acordo com a perspectiva tradicional, é imprestável quando em causa esteja o exercício de direitos pessoais do *incapaz*. Estes direitos pessoalíssimos correspondem a direitos de afirmação da liberdade, mais propriamente, da autodeterminação. Para estes, qualquer tentativa de dissociação entre capacidade jurídica e capacidade de agir acaba por se tornar numa pura ficção. A problemática acaba por se subsumir à disponibilidade dos bens jurídicos protegidos pelos direitos pessoais e à respectiva construção jurídica, ou seja, à afirmação do direito de liberdade reconhecido à pessoa. A título de exemplo, vejam-se os pressupostos exigidos quanto à capacidade para perflhar, capacidade matrimonial, capacidade testamentária e capacidade para prestar consentimento (por exemplo, prestação do consentimento informado para actos médicos), bem como para o exercício das responsabilidades parentais.

Situação diferente ocorre quanto aos direitos igualmente *pessoais*, mas cujo conteúdo e bens jurídicos resultam directamente da condição humana, não necessitando o homem, para a sua afirmação e reconhecimento jurídico, de se autodeterminar. Estes direitos correspondem a uma exigência material da condição humana, designadamente o direito à vida e à integridade pessoal.

A restrição dos direitos da pessoa impõe especiais considerações e juízos de ponderação, ou seja, a realização de testes de proporcionalidade, salvaguardando o respeito pela reserva de lei formal. Diremos que a força expansiva da essência humana, quer na sua vertente estática, quer na dinâmica, impõe o reconhecimento jurídico da capacidade de agir natural, concreta e circunstancial da pessoa: ela pode agir pessoal e autonomamente, salvo expressa restrição legal consignada por *normas de competência*.

A verificação da incapacidade de uma pessoa significa que “os actos jurídicos que interessam ao incapaz não deixarão de ser praticados pelo facto de os não poder praticar ele próprio e só por si. A sua capacidade de direitos não deixará por isso de ser exercitada”⁷. No entanto mais do que *capacidade de direitos*, deveremos afirmar que a protecção dos bens jurídicos, em particular os pessoais do incapaz, continuarão a ser assegurados por imposição da sua protecção e promoção emergente da esfera objectiva dos seus direitos fundamentais.

⁷ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica (Sujeitos e Objecto)*, Vol. I (Coimbra: Almedina, 1997), p. 33.

O doente mental, ou com uma qualquer anomalia psíquica ou fraqueza de espírito, apesar da sua incompetência natural para se autodeterminar, não deixa de ser uma pessoa de plena dignidade e valor. Com efeito, reconhece-se-lhe o potencial de autodeterminação emergente da sua condição humana. É em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1.º da Constituição, que se exige a tutela e o reconhecimento da personalidade humana como plena, universal e igual. A dimensão axiológica que transcende da essência humana, independentemente da existência de competência de facto para a pessoa se autodeterminar, impede a sua coisificação. A cada ser humano deverá, por isso, ser assegurada a competência para definir e conformar a sua própria vida, reservando-se, mesmo na incapacidade jurídica, o potencial de concretização plena da personalidade, que cabe ao Estado assegurar e garantir, por força da dimensão objectiva dos direitos fundamentais.

Uma vez que o objecto do nosso trabalho se cinge à apreciação dos limites dos poderes do representante legal, iremos abordar apenas o âmbito de incapacidade dos interditos prevista nos artigos 138.º e seguintes CC.

A respeito dos interditos, dispõe o artigo 139.º CC, que são equiparados aos menores. A aparente simplicidade com que o legislador determina a incapacidade dos adultos interditos acaba por trazer a lume perplexidades pela impossibilidade de uma equiparação absoluta entre o âmbito de incapacidade por interdição e por menoridade.

Em contraposição aos menores, é usual dizer-se a respeito da interdição que em causa está uma incapacidade fixa, uma vez que não se faculta ao juiz qualquer poder de conformação ou adequação do âmbito da incapacidade às qualidades da pessoa do incapaz, excepto no que diz respeito ao juízo de apreciação das circunstâncias e requisitos do artigo 138.º CC, de molde a decidir sobre uma eventual decretação judicial da interdição. Diz-se, assim, que a incapacidade por interdição é de natureza inflexível e legalmente pré-determinada, afectando em termos genéricos a capacidade de agir do interdito.

Apesar desta diferença, o artigo 139.º CC equipara o interdito ao menor, uma vez que, quer num caso quer no outro, estão em causa incapacidades gerais para agir, aplicando-se àquele, “com as necessárias adaptações, as disposições que regulam a incapacidade por menoridade e fixam os meios de suprir o poder paternal”. Resulta *ex vi* deste artigo a aplicação dos artigos 123.º e seguintes e 1921.º e seguintes CC, com as devidas adaptações.

Perante as características de uma e de outra, pensamos que a interdição — uma incapacidade rígida e, em princípio, imutável, que decorre da ausência de total competência para o interdito gerir os seus interesses —, por contraposição à menoridade — assente na ideia de processo gradual de maturação para uma maioridade que há-de vir —, se apresenta

como uma incapacidade tendencialmente mais ampla⁸. Dizemos tendencial pela natureza evolutiva com que se caracteriza a menoridade: nos primeiros anos de vida haverá uma coincidência entre o âmbito da incapacidade dos menores e dos interditos, enquanto que na fase final da menoridade (entre os 16 e os 18 anos) o âmbito da incapacidade do menor fica reduzido ao mínimo, enquanto o do interdito se mantém inalterado.

A aquisição de uma autonomia progressiva leva a que ao menor, quer no campo patrimonial, quer pessoal, quando tenha competências de discernimento, seja afirmado um poder de *emancipação pessoal e patrimonial* e conseqüentemente o reconhecimento de uma capacidade jurídica de agir; por sua vez, a interdição resulta de um juízo contrário, pois constata-se uma incapacidade de auto-governo dos interesses do interdito, sem que seja vislumbrável qualquer autonomização deste. Há um juízo de prognose negativo sobre a capacidade do interdito incorporado numa decisão constitutiva quanto à verificação de um estado de incompetência duradouro e, por isso, *tendencialmente* permanente da pessoa para gerir os seus interesses.

Podemos dizer, assim, que a aplicação do artigo 123.º CC ao interdito, *ex vi* artigo 139.º CC, só vale, praticamente, quanto à sua segunda parte, pois haverá poucas disposições especiais que, reconhecendo competência e autonomia para o menor agir por si só no comércio jurídico, possam considerar-se aplicáveis aos interditos por pressupor o seu estatuto um juízo de *absoluta incompetência para gerir os seus interesses pessoais e patrimoniais*. Esta afirmação pretende sublinhar o carácter subsidiário da interdição como medida de protecção da pessoa, devendo assumir-se como mecanismo de *ultima ratio*. Não se pode, por isso, aceitar que uma pessoa seja declarada interdita quando possua *capacidade natural de discernimento mínima* ou *residual* para tratar de assuntos pontuais e de vida corrente. Para estes casos a medida adequada e proporcional será a inabilitação conformada aos interesses específicos da pessoa.

No entanto, tradicionalmente, admite-se a aplicação dos artigos 123.º a 128.º CC, em especial o artigo 127.º CC aos interditos⁹. A nosso ver será difícil admitir a aplicação subsidiária

⁸ Assim entendia MANUEL DE ANDRADE, à luz do Código de Seabra, quanto aos dementes que se encontrassem numa situação de total inaptidão para governar a sua pessoa e bens (cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica (Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico)*, 7.ª Reimpressão (Coimbra: Almedina, 1992), pp. 82-83).

⁹ Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado (artigos 1.º a 761.º)*, Vol. I (Coimbra: Coimbra Editora, 1987), p. 148; HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil* (Coimbra: Coimbra Editora, 1992), pp. 340-341; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral Do Direito Civil, Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica*, 3.ª Edição Revista e Actualizada, Vol. I (Lisboa: Universidade Católica, 2001), p. 332.

desta última norma, pois a natureza de ultima *ratio* (correspondente a uma ideia de subsidiariedade) da interdição, que parte da ausência absoluta de competência ou aptidão para o interdito auto-reger os seus interesses pessoais e patrimoniais, dificilmente será compatível com a existência, efectiva, de excepções à incapacidade negocial geral de agir, por falta de capacidade natural daquele para, por exemplo, realizar negócios jurídicos próprios da vida corrente¹⁰. Todavia, sempre se admitirá o eventual relevo de aplicação daquelas disposições para as situações em que a pessoa portadora de uma anomalia psíquica duradoura tenha momentos de lucidez.

O alcance do artigo 127.º CC, n.º 1, quanto aos interditos, implica uma necessária avaliação casuística das hipóteses previstas nas suas três alíneas, para se poder determinar a sua aplicabilidade. Contudo, face à condição pressuposto da interdição, a única disposição que releva é a da al. b) do n.º 1 do artigo 127.º CC. Dispõe esta alínea que serão válidos os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância. Em causa não está a capacidade natural da pessoa, mas tão só o seu reconhecimento jurídico (ficando claro que capacidade de agir não corresponde necessariamente à capacidade natural de facto). A lei exige, por isso, dois critérios para reconhecer juridicamente a capacidade natural de facto da pessoa incapaz: actos ou negócios normais e usuais (negócios da vida corrente) e que acarretem um risco reduzido para os interesses patrimoniais do incapaz. Remete-se, por isso, para uma avaliação casuística quer na aferição da capacidade natural bastante da pessoa, quer para a determinação do que são actos ou negócios da vida corrente e risco patrimonial¹¹. Sendo assim, deve a mesma ser favorável ao reconhecimento da autodeterminação do incapaz, corrigindo o efeito tendencialmente absoluto e castrador da liberdade de agir jurídica da pessoa interdita. Ao interdito não é reconhecida capacidade jurídica para autodeterminar a sua esfera de interesses patrimoniais, sendo os negócios por ele celebrados feridos do vício de anulabilidade (artigo 148.º CC) independentemente da verificação de capacidade de discernimento à data do acto negocial. O estatuto da interdição coloca a pessoa numa situação jurídica definida quanto à esfera patrimonial, mesmo que não se afira da capacidade negocial de facto à data do acto ou negócio jurídico¹². A principal consequência da interdição é atingir a

¹⁰ Cfr. ANTÓNIO PAIS DE SOUSA e CARLOS FRIAS DE OLIVEIRA MATIAS, *Da Incapacidade Jurídica dos Menores, Interditos e Inabilitados*, 2.ª Edição (Coimbra: Almedina, 1983), p. 241.

¹¹ Referindo-se aos menores, mas com aplicação analógica à avaliação da capacidade dos interditos, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição (Coimbra: Almedina, 2007), p. 114.

¹² Cfr. WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Das Rechtsgeschäft*, 3. Auflage, Vol. 2, n.º 1 (Berlin: Springer, 1979), pp. 183-184.

validade dos actos jurídicos praticados sem considerar as regras gerais sobre a falta ou vícios da vontade e da *capacidade de facto*. Para fins de responsabilidade jurídica face aos actos praticados a pessoa é considerada inimputável quanto aos efeitos negociais por anulabilidade do negócio jurídico.

Quanto à esfera pessoal, todavia, já não se podem reconhecer efeitos gerais e automáticos na (in)capacidade de agir do interdito. A natureza pessoal e em alguns casos pessoalíssima dos direitos e deveres depende, por respeito à natureza e condição humana, da verificação em concreto e actual da incompetência para a pessoa se autodeterminar. A interdição não implica uma incapacidade geral de agir, nem tão pouco uma incapacidade específica, pois a dimensão pessoal indisponível da essência da dignidade humana que emerge impõe o reconhecimento de uma incapacidade tão-só enquanto incapacidade de facto actual. Não é constitucionalmente admissível prever um estatuto que condicione, sem expressa disposição legal, a manifestação da essência humana no exercício dos seus direitos e deveres pessoais e pessoalíssimos¹³. A disposição da integridade pessoal de uma pessoa e dos seus direitos de personalidade depende por isso de noção distinta da estrita capacidade negocial de agir regulada nos artigos 123.º e 127.º CC. As exigências de segurança e protecção do comércio jurídico serão muito mais reduzidas quando em causa estejam interesses da esfera pessoal. Nesta reside a necessidade de salvaguardar o valor essencial e intrínseco da natureza humana – a dignidade da pessoa e o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Qualquer restrição deve resultar como consequência natural e declarativa da incapacidade de facto e na protecção contra a instrumentalização da pessoa, a sua coisificação.

A sentença constitutiva de uma interdição, só modifica o estatuto do interdito por necessidade de protecção, reservando-se espaços de autonomia em actos de vida corrente e de pouco valor. A extensão da incapacidade de agir, não obstante o seu carácter geral, restringe-se à dimensão patrimonial, invertendo-se a presunção do artigo 123.º CC *ex vi* do artigo 139.º CC. O que resulta da sentença constitutiva da interdição é a comprovação judicial de uma determinada incapacidade natural, mas dela não se podem retirar efeitos gerais quanto ao exercício de direitos de personalidade que se conservam no monopólio da autodeterminação pessoal do interdito. A capacidade para consentir, inerente ao exercício de direitos pessoais, apresenta-se, assim, com qualidades e características distintas da estrita capacidade negocial de agir.

¹³ Cfr. GASPARE LISELLA, *Interdizione "giudiziale" e tutela della persona: Gli effetti dell'incapacità legale* (Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1984), pp. 106-107 .

A avaliação da capacidade de agir, nos seus pressupostos e efeitos, é diferente conforme a natureza dos actos a praticar. HANS LAUTER distingue os pressupostos da capacidade negocial e pessoal, no juízo de *definitividade* e *segurança* para a capacidade negocial. Já a capacidade para consentir será *situacional*, mediante a verificação de pressupostos flexíveis¹⁴.

Compreender o conceito de capacidade de agir negocial como extensível a toda a dimensão humana de actuação jurídica representa um tratamento arbitrário das competências e qualidades humanas no livre exercício da sua liberdade e autodeterminação. A capacidade para a autodeterminação de interesses e da esfera pessoal resultam da sua situação de facto, concreta e contemporânea da decisão ou actuação. A dignidade da pessoa humana impede que, por sentença, se negue a alguém o exercício pleno dos seus bens jurídicos pessoalíssimos, possuindo aquele competência bastante para se autodeterminar. É proibida qualquer tentativa de instrumentalização do indivíduo por questões de segurança jurídica, quando os bens jurídicos em causa dizem respeito ao exercício e concretização da personalidade jurídica. Independentemente do estatuto jurídico da pessoa, a todos se reconhece plena capacidade de agir por si e autonomamente quanto aos seus direitos de personalidade, se no momento da actuação possuírem qualidades e competências intelectuais e volitivas para se autodeterminarem responsabilmente.

III. Doente mental: especificidades

Os doentes mentais, não obstante a presente autonomização, não integram uma categoria ou estatuto jurídico distinto de incapacidade. O diagnóstico de uma doença psiquiátrica (ou uma doença neurológica designadamente, degenerativa, vascular, ou ainda tóxica (por chumbo) ou tumoral) não implica um automático estatuto jurídico de incapacidade, nem tão pouco justifica a constituição oficiosa de uma medida provisória de cuidado ou, porventura, a instauração de um processo de incapacidade judicial. Não serão por isso admissíveis disposições legais análogas ao antigo artigo 420 Código Civil Italiano, revogado pela Lei n.180, n.º1978, que previa a designação do tutor provisório para o doente internado em hospital psiquiátrico e instauração de um processo de uma incapacidade judicial¹⁵.

O doente mental apenas integra um grupo de pessoas que, pelo seu estado clínico e terapêuticas associadas (em particular, a psicofarmacologia¹⁶), apresentam dificuldades

¹⁴ Cfr. HANS LAUTER, "Assessment and Evaluation of Competence to Consent", em *Informed Consent in Psychiatry (European Perspectives of Ethics, Law and Clinical Practice)* (Baden-Baden: Nomos, 1996), p. 313.

¹⁵ Cfr. GILDA FERRANDO, "Il beneficiario," em *L'amministrazione di sostegno* (Milano: Giuffrè, 2005), p. 29.

¹⁶ Sobre a psicofarmacologia, ver entre outros, LAUREN B. MARANGELL, JONATHAN M. SILVER, JAMES M. MARTINEZ e STUART C. YUDOFKY, *Psicofarmacologia*, trad. Claudia Dornelles (Porto Alegre: Artmed, 2004).

acrescidas na avaliação da capacidade para consentir e na justificação do cuidado jurídico. A doença mental, enquanto causadora de uma anomalia psíquica, não será bastante para justificar uma incapacidade de agir, nem tão-pouco o decretamento de uma incapacidade judicial, se não apresentar um estado duradouro. A revolução da psicofarmacologia¹⁷ terminou com o mito da incurabilidade das doenças psiquiátricas, permitindo o controlo e compensação do estado psíquico dos doentes, assim como a prevenção ou redução dos efeitos de doenças degenerativas e crónicas¹⁸. O doente psiquiátrico apenas será incapaz se à doença se associar incompetência para autodeterminar responsabilmente o seu círculo de interesses, não sendo bastante o diagnóstico da doença.

O doente mental, apesar do seu estado clínico, sendo maior de idade, mantém o estatuto jurídico de plena capacidade. Valem as regras gerais sobre a capacidade para consentir, bastando a capacidade de discernimento. Não se encontrando ao abrigo de uma medida de protecção, o doente psiquiátrico não tem ninguém investido de poderes de cuidado legal e conseqüente representação. Mas as particularidades da doença mental, associadas às especificidades do tratamento e respectivas contra-indicações, colocam o doente numa situação de vulnerabilidade. Pode resultar, do estado do doente, um risco de uma intervenção paternalista, que pode colocar em causa inclusive a autodeterminação do doente.

A intervenção médica só é válida mediante o consentimento livre e esclarecido do doente capaz de discernir (ressalvada as situações de tratamento compulsivo), podendo o consentimento ser revogado a qualquer momento¹⁹. O consentimento prestado não tem que ser *actual*, pois, e face às vicissitudes da doença, a pessoa pode autorizar determinado tratamento prospectivamente – por emissão de directivas antecipadas –, respeitando-se, deste modo, o poder de decisão sobre a esfera pessoal própria, que reserva o poder de ser livremente revogável, se num momento de lucidez possuir suficiente capacidade de discernimento²⁰.

A afirmação do poder de autodeterminação sobre o tratamento terá que ter presente as variações do estado clínico e respectiva competência actual. O consentimento enquanto

¹⁷ Sobre a era da psicofarmacologia e seu desenvolvimento, ver, ainda que referido à história no Reino Unido, PHIL FENNELL, *Treatment without Consent (Law, psychiatry and the treatment of mentally disordered people since 1845)*, Reprinted (London-New York: Routledge, 2001), p. 151 ss.

¹⁸ Cfr. DAVID COPOLOV e PHILIP MITCHELL, “Biological Therapies”, em *Foundations of Clinical Psychiatry*, ed. Sidney Bloch e Bruce S. Singh (Melbourne: Melbourne University Press, 2007), p. 553.

¹⁹ Cfr. ERWIN DEUTSCH e ANDREAS SPICKHOFF, *Medizinrecht - Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht*, 6. Auflage (Heidelberg: Springer, 2008), pp. 522-523.

²⁰ Cfr. ERWIN DEUTSCH e ANDREAS SPICKHOFF, *Medizinrecht - Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht*, 6. Auflage (Heidelberg: Springer, 2008), p. 524.

processo dinâmico de comunicação deverá ser adaptado às exigências e riscos do tratamento psiquiátrico. Assim, recai um dever de vigilância sobre o estado do doente, de forma a assegurar a verificação de condições de facto para a afirmação competente da sua autodeterminação²¹.

As particularidades do doente mental sentem-se ainda quanto à possibilidade legal de tratamento e internamento compulsivo, à luz da Lei de Saúde Mental²². O reconhecimento do poder de autodeterminação da pessoa, seja ou não doente mental, pressupõe a garantia de tratamentos conforme a vontade expressa por intermédio do consentimento. Só a título muito excepcional, e mediante a verificação proporcional entre a oportunidade de conteúdo da decisão e os interesses pessoais ou supra-individuais ou de terceiros, se admite a intervenção médica compulsiva²³.

Ora, o artigo 12.º, n.º 1 Lei de Saúde Mental (LSM²⁴) admite o tratamento compulsivo de uma pessoa, capaz de discernir, que sofra de anomalia psíquica grave e que se encontre numa situação em que o seu estado cria uma situação de perigo para bens jurídicos de relevante valor, próprios ou alheios, de natureza pessoal ou patrimonial, e que se recuse a submeter ao necessário tratamento médico, fazendo com que possa ser internada em estabelecimento adequado. Prevê o n.º 2 do referido artigo a possibilidade de internamento de incapazes de facto, quando a ausência de tratamento deteriore de forma acentuada o seu estado. Na primeira situação trata-se do *internamento de perigo* e na segunda do *internamento tutelar*²⁵.

²¹ A este respeito é paradigmático o acórdão da Cassation francesa de 1927. Um doente com neurastenia grave submeteu-se voluntariamente ao tratamento. Contudo, decide a determinada altura fugir da clínica, sendo encontrado mais tarde, numa pedreira, com graves lesões físicas. A Cassation considerou a clínica responsável, não obstante a fuga, visto os deveres de vigilância se manterem face à não melhoria do seu estado (*apud* ERWIN DEUTSCH e ANDREAS SPICKHOFF, *Medizinrecht - Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht*, 6. Auflage (Heidelberg: Springer, 2008), p. 526).

²² A Lei de Saúde Mental adoptou um modelo judiciário de internamento ou modelo de internamento judicializado (cf. PEDRO SOARES ALBERGARIA, “Internamento Compulsivo”, *Sub Judice*, n.º 14 (1999), p. 22; ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente (Estudo de Direito Civil)* (Coimbra: Coimbra Editora, 2004), p. 587).

²³ Cfr. ERWIN DEUTSCH e ANDREAS SPICKHOFF, *Medizinrecht - Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht*, 6. Auflage (Heidelberg: Springer, 2008), p. 540.

²⁴ A lei de Saúde Mental foi aprovada pela Lei n.º 36/98, de 24 de Julho (alterada pela Lei n.º 101/99, de 26 de Julho).

²⁵ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “O internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica na perspectiva dos direitos fundamentais”, in *A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo* (Coimbra: Coimbra Editora, 2000), p. 83. Ver ainda, quanto ao entendimento médico do artigo 12.º LSM, J. C. DIAS

A previsão de uma intervenção na esfera pessoal de alguém, de forma coactiva, capaz de consentir o seu tratamento médico, representa o limite máximo da restrição do poder de autodeterminação da pessoa. O juízo qualificado de proporcionalidade aqui exigido é observado não só na verificação dos pressupostos legais para a aplicação da medida, mas também na execução da mesma. A verificação da necessidade e adequação do tratamento compulsivo terá de ser contemporânea aos interesses do doente e ao perigo gerado pelo seu estado clínico. Apenas se justificando o internamento, enquanto *ultima ratio*, face à não remoção do perigo actual (artigo 8.º, n.º 3 LSM).

A necessidade de contrair o mais possível a restrição dos direitos fundamentais do doente resulta na afirmação plena dos direitos deste e no carácter excepcional desta sua restrição. A relação especial de poder resultante da intervenção compulsiva não pode pôr em causa a capacidade jurídica plena da afirmação da autodeterminação do doente, salvo quanto ao mínimo necessário ao funcionamento da instituição onde se encontra ou grupo onde se insere ou à remoção do perigo justificador da intervenção. Os artigos 8.º, n.º 4, 11.º e 18.º LSM são claros na identificação e limitação dos efeitos restritivos ao estatuto do doente, em particular o internado²⁶.

Em relação ao internamento tutelar, terão que existir cautelas reforçadas na verificação dos seus pressupostos. Conforme afirma HÉLDER ROQUE, “se a lesão efectiva de bens jurídicos de natureza pessoal nem sempre é tutelada, independentemente da vontade do ofendido, não parece justificar-se o internamento compulsivo de um cidadão portador de anomalia psíquica, no caso de mero perigo de lesão dos referidos bens”²⁷. O princípio da proporcionalidade exige, assim, uma correlação estreita entre a imposição coactiva de um internamento face à existência de um perigo grave para a vida ou integridade pessoal do doente incapaz. A incapacidade deste não legitima a hetero-determinação da sua esfera de interesses, sem que haja uma clara fundamentação. A ser necessário prover ao tratamento do incapaz, o mesmo deverá ocorrer a título privilegiado por recurso a medidas de protecção cível.

Em ambos os tipos de intervenções compulsivas, o pressuposto e extensão do tratamento ou internamento são o fundamento que justifica a sua natureza compulsiva face

CORDEIRO, *Psiquiatria Forense (A Pessoa como sujeito ético em medicina e em direito)* (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003), pp. 204-205.

²⁶ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “O internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica na perspectiva dos direitos fundamentais”, in *A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo* (Coimbra: Coimbra Editora, 2000), pp. 89-90.

²⁷ Cfr. HÉLDER ROQUE, “Uma reflexão sobre a nova Lei de Saúde Mental”, in *A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo* (Coimbra: Coimbra Editora, 2000), p. 128.

ao doente mental. Assim, apenas a doença psíquica fundamento da medida é que pode ser objecto de tratamento e para todas as outras situações patológicas valem as regras gerais (neste sentido, o artigo 7.º CDBH). A preterição da autodeterminação implica, igualmente, que a própria intervenção médica se cinja à remoção do perigo por recurso a tratamentos de acordo com as *legis artis* aceites e sedimentadas na prática médica.

IV. Noção de internamento “voluntário”

Uma vez determinado o âmbito de incapacidade geral do interdito, cabe agora proceder à definição de internamento “voluntário” para efeitos do presente trabalho. Internamento “voluntário” corresponde a uma medida que priva o incapaz da sua liberdade em unidade de saúde com vista à salvaguarda dos seus interesses, quer de promoção, quer de protecção. Daí que o internamento, enquanto medida que priva o incapaz da sua liberdade, não sendo consentida por este, tenha que ser balizado e validado pelos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade, enquanto instrumentos de protecção do incapaz, em especial da sua dignidade e liberdade.

O problema do internamento voluntário apenas se coloca no caso do interdito, não possuir capacidade de facto para decidir autonomamente a respeito do internamento ou não. Quanto aos interditos que possuam capacidade para consentir cabe a eles aquela decisão e não ao seu representante legal. É o interdito que possui o poder de auto-conformar a sua esfera pessoal autonomamente — cfr. artigo 1881.º, n.º 1 in fine CC *ex vi* do artigo 1935.º, n.º 1 CC.

Opondo-se o representante legal à decisão de consentimento ou dissentimento, apenas poderá aquele, em sede judicial demonstrar a necessidade do internamento. Neste caso internamento só poderá legitimado à luz do processo previsto na Lei de Saúde Mental.

Destarte, os actos estritamente pessoais para os quais o interdito demonstre capacidade natural de facto suficiente para agir autónoma e livremente ficam excluídos do âmbito dos poderes do representante legal.

V. O problema jurídico: âmbito dos poderes do representante legal

O problema reside, portanto, nos interditos sem capacidade de facto para consentir o internamento. Cabe aqui determinar quais são os poderes reconhecidos ao representante legal.

O decretamento da interdição implica, correspectivamente à incapacidade judicial, a instituição da representação legal do interdito: a tutela, por força da remissão do artigo 139.º CC. A tutela é erigida pelo nosso Código Civil como o meio de suprir as responsabilidades

parentais e encontra-se regulada nos artigos 1927.º e seguintes CC. A aplicação do regime da tutela do menor impõe, necessariamente, como analisado, as devidas adaptações à situação do interdito.

Ao tutor cabe o desempenho de funções executivas no âmbito da tutela, de entre as quais resultam poderes de representação quanto à generalidade da esfera jurídica do interdito, incluindo a administração dos seus bens²⁸. Mas o âmbito dos poderes funcionais que competem ao tutor não se restringem apenas à representação, podendo já adiantar-se que sobre o tutor do interdito recairá um conjunto de poderes-deveres funcionalizados análogos aos que correspondem aos pais, conforme resulta do artigo 1935.º, n.º 1 CC.

As responsabilidades parentais definem-se como um “complexo de poderes e deveres que a lei atribui ou impõe aos pais para regerem as pessoas e os bens dos filhos menores”²⁹, resultando do seu conteúdo, nos termos do artigo 1878.º, n.º1 CC, um poder funcional que recai sobre os pais de, no interesse dos filhos, velarem pela segurança e saúde destes, bem como prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los e administrar os seus bens. Resulta que o titular do exercício das responsabilidades parentais cumpre funções de representação e suprimento da incapacidade decorrente da menoridade, mas não se esgota nestas, tendo ainda o dever de assegurar e proteger o desenvolvimento saudável e equilibrado do menor, exercendo a sua actividade no interesse do filho.

O conteúdo essencial das responsabilidades parentais³⁰, todavia, não residirá na atribuição de poderes para o exercício de uma função de representação, mas antes na relação de cuidado quotidiano da saúde, segurança e educação do filho, com vista ao seu desenvolvimento intelectual e emocional³¹. Adota-se uma perspectiva personalista das relações entre pais e filhos, em que estes devem ser compreendidos como pessoas dotadas de

²⁸ Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado (artigos 1796.º a 2023.º)*, Vol. V (Coimbra: Coimbra Editora, 1995), p. 456; CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto (Coimbra: Coimbra Editora, 2005), p. 233.

²⁹ Cfr. FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família: Introdução, Direito Matrimonial*, 4.ª edição, Vol. I (Coimbra: Coimbra Editora, 2008), pp. 45-46.

³⁰ Em 2008, pela Lei n.º 61/2008, foi substituída a designação tradicional de *poder paternal* por *responsabilidade parental*.

³¹ Cfr. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*, 4.ª Edição (Coimbra: Almedina, 2004), p. 19.

sentimentos, necessidades e emoções, reconhecendo-se-lhes autonomia e auto-determinação, tanto maior quanto maior for o seu grau de maturidade³².

Perante o conceito de responsabilidade parental assim definido, podemos concluir que daquele resulta uma ideia de cuidado, ideia esta que corresponderá ao conjunto de poderes-deveres atribuídos e concretizados no exercício das funções de tutor do interdito, por constituir as responsabilidades parentais o núcleo comum a todas as formas de suprimento de incapacidade³³. É em atenção ao cuidado potenciado pelas relações afectivas que se admite o exercício da tutela exclusivamente quanto à pessoa do interdito (artigo 1933.º, n.º 2 CC *ex vi* do 139.º CC), do inabilitado por prodigalidade, insolventes, inibidos ou suspensos das responsabilidades parentais ou removidos da tutela, excluindo-se a administração de bens.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA referem que se pretende, como objectivo, “aproveitar o capital precioso da relação afectiva que pode ligar o tutor ao seu pupilo, sem deixar cair sobre os bens do menor a sombra da inaptidão natural daquele, que só prejuízos poderia acarretar para o incapaz”³⁴. Estes autores sintetizam o conteúdo da relação de tutela em três aspectos fundamentais: o cuidado com a pessoa, a representação jurídica e a administração dos seus bens³⁵. Tanto mais que as diferenças de regime entre as responsabilidades parentais e a tutela resultam de interesses de carácter exclusivamente patrimonial: actos proibidos e actos dependentes de autorização do tribunal (artigos 1937.º e 1938.º CC), sanções decorrentes da sua violação (artigos 1939.º e 1940.º CC), obrigação de apresentar a relação de bens dos menores e obrigação de prestar contas (artigos 1943.º, 1944.º e 1947.º CC), responsabilidade e direitos do tutor (artigos 1945.º e 1946.º CC), indisponibilidade dos rendimentos do pupilo para o que não seja para o seu sustento e educação e administração dos seus bens (artigo 1936.º CC).

A única disposição sobre o exercício das funções de tutor quanto à pessoa do menor (leia-se interdito) determina que a tutela deve ser exercida com a diligência de um bom pai de família (artigo 1935.º, n.º 2 CC). Tal disposição reflecte a natureza do vínculo decorrente da relação de tutela e dos receios a ele ligados por força da inexistência de um laço biológico

³² Neste sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA, “O acesso dos menores aos cuidados de saúde”, in *Temas de Direito da Medicina* (Coimbra: Coimbra Editora, 2005), p. 240; e MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*, 4.ª Edição (Coimbra: Almedina, 2004), pp. 13-14.

³³ Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado (artigos 1796.º a 2023.º)*, Vol. V (Coimbra: Coimbra Editora, 1995), p. 340.

³⁴ Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado (artigos 1796.º a 2023.º)*, Vol. V (Coimbra: Coimbra Editora, 1995), p. 453.

³⁵ Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado (artigos 1796.º a 2023.º)*, Vol. V (Coimbra: Coimbra Editora, 1995), p. 460.

“forte” como o da filiação, impondo um critério guia de actuação do tutor, algo que o legislador não considerou necessário quanto à responsabilidade parental, por decorrência das relações de filiação. Acentua-se, assim, o critério objectivo na avaliação da actuação do tutor, impondo-se mesmo que o tutor não tenha a sua actividade remunerada³⁶.

Apesar da quase coincidência de conteúdo entre responsabilidade parental e tutela, a constituição jurídica da tutela pretende colmatar, nos menores, o vazio deixado pela inexistência ou impossibilidade de exercício das responsabilidades parentais, sem, contudo, pretender substituir-se (como sucede no fenómeno da adopção plena), e, como tal, aliado à inexistência de um vínculo biológico e social forte, a relação entre pupilo e tutor é de carácter unidireccional, na sua essência, pois a tutela é estabelecida em exclusivo no interesse do pupilo, assumindo-se como um instituto altruístico quase na sua totalidade. Dizemos quase, pois o tutor tem direito a remuneração, nos termos do artigo 1942.º, n.º 1 CC, ainda que esteja sempre dependente da existência de rendimentos líquidos dos bens do menor. Mas a previsão do direito de remuneração não surge como relação necessária entre a aceitação das funções e o seu exercício pela pessoa escolhida³⁷. É por isso com naturalidade que o artigo 1936.º não permite a utilização dos rendimentos do pupilo pelo tutor para suprir as necessidades próprias (como se verifica nas responsabilidades parentais, artigo 1896.º, n.º 1 CC). Esta disposição é, pois, resultado da unilateralidade da relação, contrapondo-se à relação de compreensão recíproca e de interdependência que se estabelece nas responsabilidades parentais e que funda a imposição de deveres recíprocos de auxílio, assistência e respeito entre pais e filhos (artigo 1874.º). Claro que, quanto aos interditos, a finalidade não é atenuar a inexistência ou impossibilidade de exercício das responsabilidades parentais, mas não deixará de dizer respeito à necessidade de fazer face às necessidades do interdito na promoção do seu cuidado e administração do seu património. Incluindo, desde logo, o dever de assegurar o sustento do interdito e assumir as despesas relativas à sua segurança, saúde e educação (artigo 1879.º CC *ex vi* dos artigos 139.º e 1935.º, n.º1 CC). A responsabilidade do tutor será tanto maior quanto a necessidade do interdito, atendendo, claro está, aos recursos económicos deste e às possibilidades daquele³⁸.

³⁶ Cfr. PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado (artigos 1796.º a 2023.º)*, Vol. V (Coimbra: Coimbra Editora, 1995), pp. 456-457).

³⁷ Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado (artigos 1796.º a 2023.º)*, Vol. V (Coimbra: Coimbra Editora, 1995), p. 466).

³⁸ Neste sentido, J. P. REMÉDIO MARQUES, *Algumas notas sobre alimentos (devidos a menores) «versus» o dever de assistência dos pais para com os filhos (em especial filhos menores)*, 2.ª Edição (Coimbra: Coimbra Editoras, 2007), p. 204 ss.

O tutor actuará no interesse e em nome do interdito pelos critérios do *bonus pater familias*, sob pena de ser responsabilizado pelos danos causados por dolo ou negligência (artigo 1945.º, n.º 1 CC). Para além da natureza executiva, decorrente dos poderes funcionais atribuídos ao tutor, caracterizamo-lo, ainda, como sendo um órgão singular que apenas pode recair sobre pessoas físicas. Os poderes do tutor caracterizam-se como sendo irrenunciáveis, intransmissíveis e de exercício funcionalizado aos interesses do interdito³⁹.

São, igualmente, órgãos da tutela o conselho de família e eventualmente o protutor.

O conselho de família, órgão de funcionamento ocasional (artigo 1957.º, n.º 1 CC), é constituído por dois vogais escolhidos nos termos do artigo 1952.º e presidido pelo MP (artigo 1951.º CC). Destaque-se a presença do MP e as funções por este desempenhadas como reflexo do carácter publicista da intervenção do Estado no instituto da tutela⁴⁰. Para a escolha dos vogais não é indiferente a proximidade do grau, relações de amizade, aptidões, idade, lugar da residência e o interesse do interdito, conforme resulta do artigo 1952.º, n.º 1 CC. A este órgão são dados os poderes funcionais necessários e adequados ao desempenho de finalidades de vigilância e supervisão da actuação do tutor (artigo 1954.º CC), assim como se atribui uma função consultiva (designadamente os artigos 1931.º, n.º 1, 1938.º, n.º 2, 1942.º, n.º 2, 1949.º CC).

Como terceiro órgão, temos o protutor, de carácter singular, a quem são concedidas competências para exercer uma fiscalização permanente da actividade do tutor, nos termos do artigo 1955.º, n.º 1 CC. Para além desta função, o protutor assume-se como um verdadeiro órgão auxiliar da tutela ao serem-lhe conferidos poderes de cooperação, de substituição do tutor e de representação dos interesses do interdito, na iminência de conflitos de interesses com o tutor (artigo 1956.º CC). A pessoa que desempenha as funções de protutor é um dos vogais do conselho de família, eleito por este, devendo, sempre que possível, representar a linha de parentesco diversa da do tutor, para a contrabalançar, nos termos do artigo 1955.º, n.º 2 CC.

O exercício das funções de vogal do conselho de família e de protutor é gratuito, nos termos do artigo 1959.º CC, em contraposição com o direito que o tutor tem a ser remunerado (artigo 1942.º, n.º 1 CC). A teleologia por detrás do artigo 1959.º CC assenta na prevenção de eventuais abusos e no “pensamento que não repugna exigir um mínimo de altruísmo na actuação daqueles que a lei chama obrigatoriamente a colaborar” no cuidado do interdito, em

³⁹ Cfr. FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família: Introdução, Direito Matrimonial*, 4.ª edição, Vol. I (Coimbra: Coimbra Editora, 2008), p. 153.

⁴⁰ Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado (artigos 1.º a 761.º)*, Vol. I (Coimbra: Coimbra Editora, 1987), p. 479.

nome da solidariedade familiar⁴¹. No entanto, este direito dependerá dos rendimentos líquidos do interdito, sendo certo que em nada afecta a obrigatoriedade da aceitação e exercício das funções de tutela.

A tutela acaba assim que cesse a causa que determinou a interdição, após decisão judicial que resulte no levantamento da interdição, nos termos do artigo 151.º CC.

Um dos meios de concretização do cuidado é o recurso ao instituto da representação legal. Os poderes do representante legal resultam directamente da lei ou de uma decisão judicial no âmbito da constituição de uma relação subjacente de cuidado, distintamente do que sucede na representação voluntária, onde a pressuposta relação decorre da vontade negocial ou contratual do representado.

Não obstante esta diferença, em ambas as formas de representação o representante actua em nome do representado, acabando por ser idênticos os efeitos representativos, quando se entenda a representação legal como pressuposto legitimador da actuação negocial do representante. Assim, os negócios jurídicos realizados pelo representante produzem efeitos na esfera jurídica do representado (artigo 258.º CC).

À semelhança da representação voluntária, também a actuação do representante se fará à luz da vontade (mesmo que presumida) e, por princípio, no interesse do representado. Quer na representação voluntária, quer na legal, afirma-se a autodeterminação da pessoa representada, que conforma o seu espaço de liberdade⁴². A representação voluntária corresponde ao exercício do direito de autodeterminação, enquanto meio de realização dos interesses do representado. Conforme afirma CARLOS MOTA PINTO, “o negócio do representante com poderes é um aprofundamento coerente da autonomia privada, também, na medida em que os poderes representativos assentam numa manifestação de vontade do representado”⁴³.

Por sua vez, a representação legal não apresenta, igualmente, qualquer contradição com o direito à autodeterminação ou autonomia privada. Os menores, os interditos e certos inabilitados não estão, segundo a perspectiva do ordenamento jurídico, em condições de defender os seus interesses e, por isso, não têm capacidade plena para autoregerem os seus

⁴¹ Falando dos menores, mas extensível aos interditos, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado (artigos 1.º a 761.º)*, Vol. I (Coimbra: Coimbra Editora, 1987), p. 490.

⁴² Cfr. WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Das Rechtsgeschäft*, 4. Auflage, Vol. 1, n.º2 (Berlin - Heidelberg: Springer, 1992), pp. 753-755). Contra este entendimento, vide WOLFRAM MÜLLER-FREIENFELS, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft* (Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1955), p. 209 ss.

⁴³ Cfr. CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto (Coimbra: Coimbra Editora, 2005), pp. 539-540.

interesses. É em função da necessidade de cuidado que se justifica a constituição de representante legal. Neste sentido, o ordenamento jurídico fornece um sucedâneo — através do representante legal — da capacidade de exercícios de direitos, inexistente no caso dos incapazes judiciais⁴⁴.

A representação legal visa reintegrar o representado na vida jurídica⁴⁵, ao permitir o exercício dos direitos de um incapaz. A necessidade de suprir a incompetência natural de uma pessoa justifica a existência do instituto da representação legal por respeito à sua autodeterminação, ainda que mediada pelo representante legal⁴⁶. Esta concepção enquadra-se no sistema de incapacidades judiciais presentes no nosso Código Civil, ou seja, pressupõe a extensão dos poderes do representante na exacta medida da incapacidade do representado.

Os poderes de representação legal podem abranger tanto a esfera patrimonial como a pessoal. A representação diz, assim, respeito a todos os actos jurídicos que o representado não seja capaz de realizar autonomamente e por si, onde se inclui a prestação do consentimento, com particular destaque para actos médicos. O artigo 1881.º, n.º 1 CC fornece o critério legal sobre a extensão e conteúdo dos poderes de representação do representante legal.

A actuação do representante, ainda que se paute pelo critério objectivo do *bonus pater familias* (artigo 1935.º, n.º 2 CC), deverá ceder, conformando-se com a vontade real ou presumida do representado e orientando-se de acordo com os seus interesses, sejam estes manifestados no exercício do direito de participação ou resultantes do quadro de valores existente [prevalecem os critérios interpretativos previstos nos artigos 340.º, n.º 3, (consentimento presumido) e 465.º, *al. a*) (gestão de negócios), ambos do CC]. Trata-se de personalizar os poderes de representação legal, enquanto meio de afirmação da personalidade jurídica do incapaz, que invariavelmente exige, na competência de facto, o poder de auto conformar a sua vida e interesses.

Importa ainda ter presente que a diferença entre representação legal e voluntária não resulta da função de cada uma. Em ambas, o que está em causa é concretizar o direito à autodeterminação, facultando instrumentos jurídicos para a afirmação do representado no

⁴⁴ Cfr. CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto (Coimbra: Coimbra Editora, 2005), p. 540.

⁴⁵ Cfr. UWE JOHN, *Die Organisierte Rechtsperson. System und Probleme der Personifikation im Zivilrecht* (Berlin: Duncker und Humblot, 1977), pp. 78, 231; HANS-MARTIN PAWLOWSKI, *Allgemeiner Teil des BGB. Grundlehren des bürgerlichen Rechts* (Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1998), p. 129 ss.

⁴⁶ Cfr. WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Das Rechtsgeschäft*, 4. Auflage, Vol. 1, n.º 2 (Berlin - Heidelberg: Springer, 1992), p. 754; KARL LARENZ e MANFRED WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 2004), p. 833.

comércio jurídico. No âmbito da representação legal, os poderes conferidos ao representante constituem veículos para a realização dos interesses e vontade do incapaz representado, ou seja, instrumentos jurídicos de suprimento da sua incapacidade de agir. Poderá divergir-se sobre o conteúdo e critérios de actuação do representante. Contudo, a representação abstractamente considerada não prejudica, nem ofende, o direito à autodeterminação da pessoa⁴⁷. Idêntica função pode ser desempenhada pela representação voluntária, em particular no âmbito das declarações de vontade antecipada, pois o suprimento da incapacidade não é exclusivo da representação legal.

A componente de cuidado pressupõe uma efectiva tutela dos interesses da pessoa, não circunscrita à esfera dos negócios patrimoniais. Em causa não está a incapacidade para actuar no comércio jurídico, mas a necessidade de protecção da pessoa para estar no comércio jurídico e, acima de tudo, para ter qualidade de vida. O juízo de incapacidade terá que ser expresso e proporcional, apenas se justificando como efectiva medida de protecção, ou seja, enquanto meio necessário e adequado de cuidado. Não cumprindo o teste de proporcionalidade, deve ser reservada a capacidade potencial para a pessoa se autodeterminar. A possibilidade de actuação paralela, em si, não acarreta riscos acrescidos à segurança e aos interesses do incapaz, que não sejam a afirmação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

VI. Propostas de solução: os poderes do representante legal na decisão de internamento

Chegados aqui, cabe então indagar quando é que o representante tem poderes para decidir sobre o internamento do interdito.

Em regra, o tutor possui poderes para decidir ou não pelo internamento. Apenas se aplicação, à primeira vista, os limites imanentes ao exercício do direito funcional de tutela — actuar de acordo com o melhor interesse do interdito.

Logo, uma decisão de internamento terá que ir ao encontro da vontade real ou presumida do interdito (artigo 1878.º, n.º 2 in fine CC e, em especial, artigo 6.º, n.º 3 in fine CDHB⁽⁴⁸⁾), artigo 12.º, n.º4 CDPD⁽⁴⁹⁾). O processo decisório do tutor encontra-se vinculado à

⁴⁷ A este respeito WERNER FLUME enquadra a representação legal no âmbito da teoria do negócio jurídico (cfr. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Das Rechtsgeschäft*, 4. Auflage, Vol. 1, n.º2 (Berlin - Heidelberg: Springer, 1992), p. 754). Já em sentido contrário, cf. WOLFRAM MÜLLER-FREIENFELS, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft* (Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1955), pp. 335 ss. e 359 ss.).

⁴⁸ Convenção para a protecção dos direitos do Homem e da Dignidade do ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina publicada em Diário da

vontade e estrutura de valores do interdito e, na eventualidade de não poder determinar com clareza os mesmos, terá de pautar o exercício dos seus poderes pela prossecução dos melhores interesses do incapaz. Ao exposto tem plena aplicação o princípio da proporcionalidade, nos seus três testes: adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito.

A incapacidade judicial decretada pretende assegurar a realização da autodeterminação do incapaz, aqui mediada pelo instituto da representação legal, não podendo servir de instrumento de hetero-determinação por terceiro sobre os assuntos e interesses do incapaz.

Num primeiro momento diríamos que uma vez demonstrada, em especial, a necessidade e adequação do internamento, estaria legitimada a decisão do representante legal. Contudo, a proporcionalidade não se limita ao controlo de mérito e oportunidade da decisão, mas também ao controlo do próprio processo decisório. A ausência de capacidade para o incapaz se autodeterminar continua garantida objectivamente pela ordem jurídica, conformando e vinculando a actuação de um terceiro em sede de representação.

O respeito pela dignidade da pessoa e liberdade do incapaz — integrado no âmbito dos direitos, liberdades e garantias —, obriga, na sua dimensão objectiva, a uma interpretação das normas sobre a tutela de forma a restringir a discricionariedade da actuação individual do representante. Terá, portanto, de prevalecer um entendimento restritivo dos poderes de representação legal, valendo, na plenitude das consequências jurídico-constitucionais, a vinculação directa e imediata dos direitos, liberdades e garantias — artigo 18.º, n.º2 da Constituição — aqui numa vertente correctiva quanto à interpretação do instituto da tutela. Por isso é necessário distinguir o internamento em função do fim que o pretende justificar, pois dele dependerá o *iter* que determina a validade e eficácia de uma decisão de internamento voluntário.

O internamento poderá ser justificado por força da realização de um acto médico. Ou seja, o internamento apresenta-se enquanto meio necessário à realização do acto médico, seja terapêutico ou de diagnóstico. Mas poderá suceder que o internamento se revele necessário

República a Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001 que aprovou a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina do Conselho da Europa em Oviedo em 4 de Abril de 1997 e o Protocolo Adicional que proíbe a Clonagem de Seres Humanos, aberto à assinatura dos Estados Membros em Paris, em 12 de Janeiro de 1998.

⁴⁹ Convenção sobre os direitos das Pessoas com Deficiência publicada em Diário da República as Resoluções da Assembleia da República n.º56/2009 e n.º57/2009, que aprovam a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adoptada em Nova Iorque em 30 de Março de 2007, e respectivo Protocolo Opcional.

enquanto fim em si mesmo, ou seja como medida atinente a assegurar o bem estar e saúde do incapaz. Serão estes os casos em que o internamento é necessário como a única medida que consegue proteger o interdito contra comportamentos de risco contra a sua própria vida e integridade física.

Uma vez verificada a necessidade do internamento, seja como meio, seja como fim de protecção do interdito, cabe aferir quais os pressupostos subsequentes para afirmar a validade da decisão do representante ou não.

Um dos primeiros pressupostos é o de saber se o internamento implica ou não alteração de residência. Aqui residência deve ser entendida como o centro efectivo e estável da vida pessoal do interdito, no qual ele tem a sua morada (domicílio de facto) e onde se encontram o seu círculo de amigos e familiares ou esfera de apoio. A alteração de residência pressupõe em primeiro lugar a alteração de facto do centro da vida do incapaz, quer porque o internamento não tem prazo previamente delimitado, quer porque as circunstâncias de facto demonstram que não é previsível o regresso à residência original e, não o fim da medida privativa de liberdade. Assim como ocorrerá alteração de residência sempre que o tempo de internamento pressuponha uma mudança duradoura (ainda que não permanente), como por exemplo, o estabelecimento da duração do internamento por um período mínimo (não fixação do seu termo) ou quando prevendo-se um termo este seja longo ao ponto de não se poder nele ver uma temporária, mas uma efectiva e prolongada mudança de residência. Logo e por contraposição, não ocorrerá uma alteração de residência se o internamento tenha um prazo previamente determinado (assim assegurando o carácter meramente transitório) e este for curto.

Em medida inversamente proporcional ao tempo do internamento se encontram os poderes do representante legal. Quanto mais prolongado for o internamento, menor será o poder de decisão autónomo do representante. O controlo da actuação do representante em função do princípio da proporcionalidade irá transcorrer a legitimidade da sua decisão, porquanto o direito funcional que aquele exerce irá colidir com o direito à liberdade do incapaz, uma vez que não está em causa somente a fixação da residência do incapaz, mas também a severa limitação da sua liberdade.

Internamentos de curta duração e com prazos previamente fixados em princípio justificarão o poder de decisão do representante legal. Contudo, não será uma decisão individual, antes “partilhada” com o órgão de tutela — o Conselho de Família. A desnecessidade de justificação judicial deve-se ao facto do nível de intervenção no direito de liberdade do incapaz ser mais reduzido e, por isso, menos intenso, desde que a decisão seja validada pelo princípio da proporcionalidade. Uma vez verificado este pressuposto, carece de

prévia autorização judicial o representante legal ao abrigo do princípio de subsidiariedade. Ainda que indirectamente haja uma intervenção, pois o MP está presente no Conselho de Família. Contudo o papel deste será sempre de fiscalização pois a decisão continua a caber aos órgãos da tutela.

Atenta a ingerência no bem jurídico liberdade, e as atribuições do conselho de família, a decisão assume-se como de particular importância. Pelo que, atentas as atribuições e competências dos órgãos da tutela, o artigo 1902.º *ex vi* do 1935.º CC, aplica-se com as devidas alterações aos casos de internamento. Deste modo, porque quanto às responsabilidades parentais se exige uma decisão de responsabilidade partilhada nas questões de particular importância, também, por maioria de razão, se exige na tutela onde existe um órgão singular que presta contas e que depende do Conselho de Família e protutor. A razão de assim ser justifica-se pela função que o Conselho de Família desempenha em dar parecer nas questões mais relevantes na constituição, exercício, modificação e extinção da tutela (entre outros, ver os artigos 143.º, n.º 2, 1931.º, 1938.º, n.º 2, 1940.º, n.º1, 1941.º, 1942.º, n.º2, 1949.º, 1954.º, 1956.º als. a) e c) todos do CC). Entendemos, por isso, que a natureza das competências consultivas e fiscalizadoras, atento a estrutura da tutela, impõem, nestes casos, a prévia obtenção por parte do tutor de parecer favorável do conselho de família, quer como medida de controlo preventivo, quer também sucessivo, dada a exigência de uma decisão qualificada do tutor. Logo, por remissão do artigo 1935.º.

Concluindo, *nos casos em que o internamento não implique a mudança de residência*, a decisão do representante depende da prévia obtenção de parecer favorável do Conselho de Família — verdadeiro elemento integrador da decisão do representante — estando sujeita aos meios de fiscalização reconhecidos para a tutela (MP (estatutariamente), ao Conselho de Família e Protutor). Não só é dever do tutor, pela importância da decisão, informar da situação e necessidade do internamento, como também do parecer favorável do Conselho de Família depende a perfeição e consequente eficácia da decisão.

Logo, o internamento apenas será possível sem necessidade de autorização judicial, desde que seja temporário, prevendo-se ainda neste caso meios de controlo quanto à proporcionalidade e subsidiariedade da medida, desde logo por intermédio da necessidade de obtenção de um parecer favorável do Conselho de Família. Não obtendo o representante o referido parecer favorável, terá que requerer a autorização do tribunal, uma vez que existe um conflito de interesses sobre o que se entende ser o melhor para o incapaz.

Não pressupondo, por isso, o internamento uma alteração de residência, então não ocorrerá, em princípio (salvo no caso de ausência de parecer ou parecer desfavorável do Conselho de Família) uma intervenção que careça de uma prévia autorização judicial, bastando

para tal que a indicação médica e o internamento sejam validados, em última instância, pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Em sentido oposto, encontram-se as *decisões que pressupõem a mudança de residência*. Aqui ocorre uma intervenção séria e grave na esfera jurídica do incapaz que, por força do seu carácter duradouro, atinge direitos fundamentais: os da dignidade e liberdade do adulto. O carácter duradouro do tratamento constitui um indício forte de afectação, valendo por isso *prima facie* como uma restrição a direitos, liberdades e garantias.

A este tipo de decisões juntam-se aquelas em que o *internamento se apresenta como fim* (e não como um meio), no sentido acima exposto. A protecção pretendida com o internamento com vista ao comportamento do próprio, mesmo que não implicando uma alteração de residência, consubstancia-se numa intervenção séria e grave nos direitos do incapaz.

Nestes dois casos, não bastará o reconhecimento dos poderes de representação legal e o processo de decisão acima referido. Torna-se necessário algo mais, atenta a repercussão da medida na esfera jurídica pessoal do incapaz. Ainda assim, teremos que distinguir o internamento-meio e o internamento-fim.

No caso do internamento-meio, este dependerá de uma expressa autorização judicial a pedido do representante legal. Aqui valerá o argumento analógico relativo aos actos de disposição patrimonial, seguindo idêntica forma de processo. Se para actos patrimoniais relevantes não basta a decisão do representante, para actos pessoais relevantes, será também necessária autorização judicial. No caso, caberá a mesma ao MP de acordo com o artigo 2.º, n.º1 al a) Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro, por força do artigo 4.º, 14.º CDPD e artigos 18.º, n.º1, 20.º, n.º1 e 27.º, n.º1 conjugado com a al. h) n.º 3 do artigo 27.º da Constituição.

Quando ao internamento-fim, as reservas são muito mais amplas. Em particular após a aprovação da CDPD — artigos 4.º, 14.º, 25.º e 26.º.

Aqui encontramos o primeiro problema pois não existe norma habilitante para validar uma tal decisão, somente a Lei de Saúde Mental. Nestes casos, por argumento de maioria de razão, se é permitido o internamento compulsivo contra a vontade do doente mental, também será permitido para o mesmo relativamente ao incapaz. É à luz em função deste regime jurídico que se integram os internamentos-fins, uma vez que os direitos e respectivos bens jurídicos têm a mesma dignidade e relevância na sua dimensão objectiva, sendo que a ausência de autonomia e capacidade não justificam que se divirja do âmbito máximo de protecção e garantias conferidas para quem é capaz. Se é certo que aquando da técnica interpretativa falamos de argumento de maioria de razão, em termos substantivos falaremos

ainda do âmbito de protecção dos direitos fundamentais na sua dimensão objectiva e no princípio da igualdade material (em especial ver artigos 5.º e 14.º Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁵⁰).

O comportamento auto-lesivo leva sempre a um conflito dos direitos de autodeterminação e de protecção da inviolabilidade física, psíquica. Mesmo perante a ausência de um conflito de direitos subjectivos, o direito objectivo impõe que a decisão seja justificada proporcionalmente devendo valer as garantias mínimas do direito de dignidade e liberdade e as formas juridicamente admissíveis da sua restrição.

Aqui ressaltamos as situações de urgência e cujo internamento não implique alteração de residência. Não obstante, será sempre necessária a validação da decisão a partir do momento em que seja possível o recurso aos tribunais.

VII. Conclusão

Feito este percurso (que, em muitas partes, corresponde a uma revisitação da nossa dissertação de mestrado⁵¹) verificamos que existem algumas perplexidades que tentámos ultrapassar. Para tal assumimos uma interpretação restritiva dos poderes do representante legal, reforçando a importância dos órgãos tutelares. A legitimidade dos poderes do representante dependerá sempre do respeito pelos direitos do interdito, não se bastando uma actuação conforme a vontade presumida ou os melhores interesses daquele. Haverá casos em que a decisão do tutor dependerá do controlo judicial (autorização judicial) ou para-administrativo (funcionamento dos órgãos tutelares). Deste modo são reforçadas as garantias de protecção e promoção dos direitos do interdito, integram-se os *aparentes* vazios legais dos poderes do representante legal e reforça-se a função dos órgãos tutelares. Qualquer decisão relevante na esfera jurídica do interdito depende da realização de um processo decisório participado, a única garantia disponível para assegurar que a interdição não fere a dignidade do interdito.

⁵⁰ A Convenção e respectivo Protocolo Opcional foram publicadas em Diário da República através das Resoluções da Assembleia da República nº56/2009 e nº57/2009, que aprovam a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adoptada em Nova Iorque em 30 de Março de 2007.

⁵¹ Cfr. GERALDO ROCHA RIBEIRO, *A protecção do incapaz adulto no direito português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

A tutela institucional de interditos. O caso da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*

Publicado em Revista *O Direito*, ano 142, n.º 4 (2010), pp. 681-704

Miguel Nogueira de Brito e Margarida Lima Rego

Sumário:

Introdução. 1. Os estatutos da SCML. 2. Brevíssima exposição sobre a tutela de interditos. 3. A quem incumbe a tutela. 4. O exercício da tutela a título profissional. 5. A tutela institucional e a Constituição. 6. Conclusões.

Introdução

O tema deste artigo é a tutela institucional de interditos¹. Trata-se da questão de saber em que medida pode a tutela de um interdito, dada a sua incapacidade genérica de exercício,

* O presente escrito tem origem em pareceres elaborados pelos autores para a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, agradecendo-se desde já a anuência desta instituição à sua publicação. Os autores agradecem ainda os comentários relativos a uma versão anterior deste artigo, feitos por João Gomes de Almeida, António Sampaio Caramelo, Segismundo Pinto Basto, Joana Galvão Teles e Pedro Múrias.

¹ Este artigo representa um esforço dos autores com vista a ultrapassar algumas das dificuldades que a aplicação do actual regime da tutela de interditos tem vindo a suscitar na prática forense nacional. Assim, as várias questões que nos propomos tratar serão aqui apreciadas numa perspectiva marcadamente *de jure condito*, passando ao largo das fortes críticas de que os institutos da tutela e curatela de interditos e inabilitados têm vindo, merecidamente, a ser alvo pela doutrina contemporânea. Cf., por exemplo, os comentários de MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, 1-III, 2.ª ed., Almedina, Coimbra 2007, pp. 461-466; ou de J. DUARTE PINHEIRO, *O direito da família contemporâneo*, 2.ª ed., A.A.F.D.L., Lisboa 2009, pp. 391-394. Para uma análise mais desenvolvida da matéria, cf. o estudo monográfico de PAULA TÁVORA VÍTOR, *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*, Coimbra Editora, Coimbra 2008; e o artigo de CLÁUDIA TRABUCO, «O regime das incapacidades e do respectivo suprimento: perspectivas de reforma», em *Themis*, ed. especial, Almedina, Coimbra 2008, pp. 313-330. Entre os vários institutos que os ordenamentos mais próximos do nosso têm vindo a criar em substituição de regimes semelhantes ao que ainda temos, mais flexíveis, com maior sustentação científica e sem a carga pejorativa associada às categorias do interdito e do inabilitado, merece destaque, no ordenamento alemão, o instituto do acompanhamento (*Betreuung*), oriundo da reforma de 1992, com as alterações introduzidas em 1999. Cf. os §§ 1896 a 1908i do BGB. Sobre o instituto, vejam-se, para além dos vários códigos

ser confiada não a uma pessoa singular, mas a uma pessoa colectiva. É um tema de que a doutrina lusa se tem alheado quase por completo e que aqui será tratado nas suas vertentes constitucional e civil, a propósito de uma instituição – a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa («SCML») – especialmente vocacionada para o exercício de funções relacionadas com a «realização da melhoria do bem-estar das pessoas, prioritariamente dos mais desprotegidos»².

A tese que aqui procuraremos defender é a de que a figura a que chamamos «tutela institucional de interditos» tem de ser entendida, e o seu alcance limitado, à luz do princípio, que integra o nosso Direito, de que o exercício da tutela se exerce, em regra, por quem mantenha com os interditos uma relação de cariz pessoal, só na sua falta se recorrendo a quem exerça tais funções a título profissional. Para o efeito, consideraremos na nossa exposição os seguintes aspectos: *i)* as atribuições e competências da SCML em matéria de tutela de interditos; *ii)* o regime da tutela de interditos na lei civil; *iii)* a obrigação de tutela no Código Civil; *iv)* em especial, o exercício de tutela a título profissional; *v)* a tutela institucional e a Constituição.

1. Os estatutos da SCML

O exercício da tutela e curatela de menores, interditos e inabilitados pela SCML ou, mais rigorosamente, pelas pessoas singulares indicadas pela SCML em razão das funções que à data para ela desempenham, e apenas enquanto e na medida em que o fizerem, é tratado, de forma directa, numa única disposição dos respectivos estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 235/2008, de 3 de Dezembro («Estatutos»). Damos início à nossa exposição com uma análise dessa disposição, com vista a determinar o seu alcance, procurando delimitar, em especial, a extensão dos poderes e deveres nessa matéria assacados à SCML.

A disposição em apreço é a alínea o) do n.º 3 do artigo 4.º dos Estatutos:

Para a realização dos seus fins estatutários, a SCML ... assegura, quando se mostre necessário, a tutela e curatela dos menores, interditos e inabilitados apoiados pela SCML, nos respectivos termos legais.

anotados,]. GERNHUBER/D. COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, 4.ª ed., Beck, Munique 1994, pp. 1230-1252 (§ 76); e DIETER SCHWAB, *Familienrecht*, 10.ª ed., Beck, Munique 1999, pp. 385-393 (mm. 814-829). O antecedente mais directo do nosso actual regime terá sido o dos artigos 414.º a 432.º do Código Civil italiano de 1942. Para uma defesa de necessidade de actualização deste regime, cf. RENATO PESCARA, em *Trattato di diritto privato, Persone e Famiglia*, tomo III, vol. 4, 2.ª ed., coord. PIETRO RESCIGNO, UTET, Turim 1997, pp. 755-787.

² Reproduzimos aqui a formulação do artigo 4.º, n.º1, dos Estatutos da SCML, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 235/2008, de 3 de Dezembro, e a que adiante regressaremos.

Cumpra sublinhar que este é um preceito relativo aos fins estatutários da SCML, como decorre, desde logo, da respectiva inserção sistemática.

A SCML é uma pessoa colectiva - mais precisamente, uma pessoa colectiva de direito privado e utilidade pública administrativa (artigo 1.º, n.º 1, dos Estatutos). As pessoas colectivas, centros autónomos de imputação de normas jurídicas, constituem-se para a realização de certos interesses, ou prossecução de fins, normalmente de carácter duradouro, sendo este elemento teleológico um elemento essencial à sua constituição³. A personalidade colectiva é um meio ao serviço da realização de fins, sem os quais a figura perderia o seu sentido, nisso se distinguindo da personalidade singular, cujo reconhecimento enquanto fim em si se impõe ao sistema jurídico, em virtude, desde logo, do princípio da dignidade da pessoa humana, cuja consagração como um dos pilares do nosso sistema resulta do disposto no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa («Constituição»).

Os fins da SCML encontram-se definidos no n.º 1 do artigo 4.º dos Estatutos:

A SCML tem como fins a realização da melhoria do bem-estar das pessoas, prioritariamente dos mais desprotegidos, abrangendo as prestações de acção social, saúde, educação e ensino, cultura e promoção da qualidade de vida, de acordo com a tradição cristã e obras de misericórdia do seu compromisso originário e da sua secular actuação em prol da comunidade, bem como a promoção, apoio e realização de actividades que visem a inovação, a qualidade e a segurança na prestação de serviços e, ainda, o desenvolvimento de iniciativas no âmbito da economia social.

Para além destes fins, a SCML desenvolverá ainda «as actividades de serviço ou interesse público que lhe sejam solicitadas pelo Estado ou outras entidades públicas» (n.º 2 do artigo 4.º dos Estatutos). Quais sejam essas actividades não é matéria de relevo para esta análise.

Os poderes jurídicos de que os órgãos das pessoas colectivas dispõem para a realização ou prossecução dos seus fins designam-se «competências». Vamos encontrar uma enumeração exemplificativa das competências de que dispõem os órgãos da SCML no n.º 3 do artigo 4.º dos Estatutos. A sua natureza meramente exemplificativa decorre, não apenas do respectivo conteúdo, mas também, se tal não bastasse, do disposto na alínea t), onde se

³ Parafrazeando um dito frequente na doutrina germânica, a pessoa colectiva é “uma criação do legislador orientada para fins» (*eíne Zweckshopfung des Gesetzgebers*). Cf., por todos, HELMUT HEINRICHS em PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 65.ª ed., Munique 2006, «Einführung vor § 21», m. 1 (cf. ainda a m. 7). Entre nós, cf. C. MOTA PINTO/PINTO MONTEIRO/P. MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra 2005, p. 270.

esclarece que, para além das competências definidas nas alíneas anteriores, a SCML exercerá «as demais competências necessárias à prossecução dos seus fins».

Ao estabelecer que a SCML «assegura, quando se mostre necessário, a tutela e curatela dos menores, interditos e inabilitados apoiados pela SCML, nos respectivos termos legais», a alínea o) do n.º 3 do artigo 4.º dos Estatutos determina que a SCML, por intermédio dos titulares dos seus órgãos, terá competência para o exercício da tutela e curatela de menores, interditos e inabilitados, desde que estes sejam apoiados pela SCML. O mesmo é dizer que aos titulares dos respectivos órgãos, enquanto e na medida em que o forem, serão atribuídos os poderes necessários para exercer tais funções – sempre, é claro, «nos respectivos termos legais» (adiante examinaremos melhor esta remissão para os termos gerais).

Resulta do exposto que, «nos respectivos termos legais», os titulares dos órgãos da SCML terão legitimidade para, nessa qualidade, exercerem a tutela e curatela dos menores, interditos e inabilitados apoiados pela SCML. É claro, sempre que esse exercício se mostre necessário para a prossecução dos fins estatutários da SCML.

Neste ponto, é importante frisar que o preceito em apreço contém uma norma de atribuição de competência, e não – coisa bem distinta – uma norma injuntiva, atributiva de um dever jurídico⁴. O mesmo se diga das demais alíneas do n.º 3 do artigo 4.º dos Estatutos. De nenhuma delas podemos retirar a constituição de deveres jurídicos na esfera da SCML, e tão-pouco dos correspondentes direitos ou pretensões na esfera de outrem – designadamente, dos inúmeros terceiros de algum modo apoiados pela SCML.

Nesta sede, seria manifestamente abusiva a interpretação que pretendesse retirar do preceito um dever de os titulares dos órgãos da SCML exercerem a tutela e curatela de todos os menores, interditos e inabilitados que sejam de algum modo apoiados pela SCML.

Semelhante interpretação seria abusiva, desde logo, porque, como se disse, de uma norma de atribuição de competência não pode retirar-se, sem mais, a atribuição de um dever jurídico. No entanto, não se esgota neste raciocínio, de pendor estritamente técnico-jurídico, a conclusão pela inadmissibilidade dessa interpretação.

⁴ E tão-pouco uma «sujeição à constituição de um dever», nas palavras de HOHFELD, *Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial*, na trad. de M. LIMA REGO, F. C. Gulbenkian, Lisboa 2008, p. 74. Na classificação de DAVID DUARTE, *A norma de legalidade procedimental administrativa*, Coimbra, Almedina 2006, pp. 99-128, inserida na tradição hartiana, do preceito mencionado no texto extrai-se uma norma de competência «com o estatuto deontico de uma permissão». É, em todo o caso, uma norma secundária, porquanto se refere a outras normas, ao contrário do que acontece com as normas primárias, ou normas de conduta, as quais se dividem, fundamentalmente, em três grandes grupos: as permissões, as imposições e as proibições. Cf. Ainda H. L.A. HART, *O conceito de direito*, na trad. de A. RIBEIRO MENDES, 2.ª ed., F. C. Gulbenkian, Lisboa 1995, pp. 103-109.

A referida interpretação deve ser afastada, em acréscimo, porque, segundo a própria letra do preceito, o exercício dos poderes atribuídos pela norma em causa é limitado àqueles casos em que o mesmo se mostre necessário para a prossecução dos fins estatutários da SCML, enunciados no artigo 4.º, n.º 1, dos respectivos Estatutos. Salvo nas situações em que a imperatividade decorra de outros preceitos legais, a aferição da necessidade desse exercício caberá, naturalmente, aos órgãos da própria SCML. A competência prevista na disposição em causa será exercida pela mesa da SCML, podendo ainda ser delegada nos seus membros, sob proposta do provedor, com faculdade de subdelegação nos dirigentes dos departamentos e serviços, de acordo com o disposto nos artigos 9.º, n.ºs 1, alínea p), e 2, e 14.º, n.º 2, dos Estatutos.

Tratando-se de uma atribuição de competência, e não de um dever jurídico, o seu exercício envolve margem de discricionariedade, não correspondendo a um poder vinculado. Trata-se de uma decisão de mérito, que nem sequer deve ser controlada, nessa parte, pelos tribunais.

A referida interpretação deve ainda ser afastada por manifesta falta de razoabilidade, na medida em que, entre as diversas formas de apoio da SCML aos mais desfavorecidos, se contam variadíssimas modalidades de acção social, com graus de intervenção muito distintos, que vão desde o internamento nalgum dos estabelecimentos da SCML, sempre que se justifique e na medida das possibilidades de acolhimento da SCML, passando por diversos níveis de apoio domiciliário, e por toda uma série de serviços de atendimento social, muitas vezes pontual, designadamente em situações de emergência social, bem como por creches, colónias de férias, centros de convívio, cantinas sociais, centros de formação e inserção social, gabinetes médicos e de enfermagem, balneários e serviços de rouparia, muitos dos quais abertos a todos quantos decidam frequentá-los, esporádica ou habitualmente, para tal se deslocando às instalações da SCML.

Seria por demais absurdo o entendimento de que todos quantos fossem de algum modo apoiados pelos serviços da SCML, ainda que, por hipótese, se tivessem limitado a tomar um dia uma refeição numa das cantinas sociais da SCML, teriam um direito à tutela ou curatela da SCML, na medida em que da mesma necessitassem, ou que na esfera dos titulares dos respectivos órgãos se constituísse o dever de exercerem semelhante tutela ou curatela, potencialmente em relação à totalidade da população de algum modo apoiada pela SCML.

Já vimos que não decorre dos Estatutos da SCML a existência de quaisquer deveres de tutela ou curatela na esfera da própria SCML, directamente ou por intermédio dos titulares dos respectivos órgãos. Para aferir da eventual existência de deveres de exercer a tutela ou curatela dos menores, interditos e inabilitados apoiados pela SCML, será necessário analisar

«os respectivos termos legais», ou seja, antes de mais, o regime geral para que remete a alínea o) do n.º 3 do artigo 4.º dos Estatutos da SCML, que consta do Código Civil («CC»).

2. Brevíssima exposição sobre a tutela de interditos

O regime geral da interdição encontra-se nos artigos 138.º a 151.º do CC⁵. Podem ser interditados do exercício dos seus direitos todos aqueles que, sendo maiores de idade, se mostrem incapazes, por algum motivo, de governar a sua pessoa e bens (artigo 138.º CC). A anomalia psíquica é um dos motivos previstos de forma expressa na lei, admitindo-se, no entanto, a natureza meramente exemplificativa da enumeração legal – apenas se exige a verificação de uma situação de incapacidade de um adulto para governar a sua pessoa e bens⁶. Assim, para justificar a interdição, a anomalia psíquica deve ser incapacitante, actual e permanente⁷. Já os dois outros motivos expressos terão perdido muita da sua actualidade, visto que, com os meios hoje disponíveis para fazer face à «surdez-mudez» ou à «cegueira», dificilmente tais condições darão azo, actualmente, a situações de incapacidade para governar pessoa e bens⁸.

Os interditos são equiparados aos menores, sendo-lhes aplicáveis, com as necessárias adaptações, as disposições reguladoras da incapacidade por menoridade e as que fixam os meios de suprir o anteriormente designado «poder paternal» (artigo 139.º CC). Contudo, é

⁵ Cf. *supra* n. 1.

⁶ Neste sentido, vejam-se, designadamente, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, cit. *supra* n. 1, p. 467; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra 2008, p. 122; e CLÁUDIA TRABUCO, cit. *supra* n. 1, p. 318. A Jurisprudência segue ainda a antiga fórmula segundo a qual a anomalia psíquica a que se refere a nossa lei civil «abrange não só as deficiências de intelecto, de entendimento ou discernimento, como as deficiências da vontade e da própria afectividade ou sensibilidade», consagrada no Ac. STJ de 21. 07.1983 (Moreira da Silva), publicado em (1983) 329 BMJ 523, a p. 524. Cf. dois exemplos mais recentes no Ac. STJ de 29.04.2003 (Faria Antunes) e no Ac. RP de 26.05.2009 (Cândido Lemos) (disponíveis, na íntegra, em www.dgsi.pt).

⁷ Cf., neste sentido, CASTRO MENDES, *Direito civil – teoria geral*, A.A.F.D.L., Lisboa 1978, p. 157; e CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do direito civil*, vol. I, 5.ª ed., UCP, Lisboa 2009, pp. 335-336. Os autores esclarecem ainda que a natureza permanente da anomalia psíquica não implica a sua incurabilidade, tão-pouco sendo incompatível com o que a doutrina tradicionalmente designa como «intervalos lúcidos». Estes chegaram a merecer referência expressa no anteprojecto de CAMPOS COSTA, «Incapacidades e formas do seu suprimento», em (1961) 111 BMJ 195-231, p. 196 (artigo 1.º).

⁸ MENEZES CORDEIRO, cit. *supra* na n. 1, p. 466, observa, criticamente, que desde há muito a doutrina vinha sublinhando a capacidade de tais pessoas, quando devidamente preparadas – mesmo na vigência do Código de Seabra. Cf., no entanto, um exemplo muito recente da interdição de um surdo-mudo, no Ac. RP de 26.05.2009 (Cândido Lemos) (disponível, na íntegra, em www.dgsi.pt).

importante ter em conta que tais disposições só se aplicam aos interditos «com as necessárias adaptações», e que essa aplicação só terá lugar em complemento dos preceitos directamente aplicáveis à interdição e à tutela de interditos (os artigos 138.º a 151.º CC).

Sem se pretender enveredar por urna análise excessivamente pormenorizada do regime da tutela dos interditos, que neste contexto seria despicienda, devemos tornar corno ponto de partida a ideia de que é este o meio de que hoje dispomos para suprir a incapacidade dos interditos. O tutor é o representante legal do interdito, cabendo-lhe o exercício dos direitos e de outras posições jurídicas de que seja titular o interdito, dada a genérica incapacidade de exercício deste, que se equipara à dos menores⁹. Ao tutor cabem ainda os mesmos direitos e obrigações que os dos pais em relação aos filhos, com algumas modificações e restrições (artigo 1935.º CC). No entanto, o tutor de um interdito tem um especial dever de cuidar da saúde deste último (artigo 145.º CC)¹⁰.

⁹ Para além da sua genérica incapacidade de exercício, semelhante à dos menores, os interditos também sofrem algumas restrições à sua capacidade de gozo, as quais são maiores em caso de interdição por anomalia psíquica. Por exemplo, não podem casar [artigo 1601.º, b) CC], perfilhar (artigo 1850.º/1 CC) ou testar [artigo 2189.º, b) CC]. A interdição por anomalia psíquica também dá azo à aplicação de uma presunção de inimputabilidade (artigo 488.º/2 CC).

¹⁰ Cf. CASTRO MENDES, cit. *supra* n. 7, p. 159. Para o autor, a razão de ser deste preceito está em que o tutor não se encontra apenas adstrito a um dever geral de cuidado como o dos pais em relação aos filhos menores, uma vez que não se reconduz à ideia de uma finalidade genérica de manutenção da sua boa saúde que lhe seria própria, exigindo-se antes ao tutor, *em especial*, que tente melhorá-la, procurando a recuperação mental e física do interdito. CLÁUDIA TRABUCO, cit. *supra* na n. 1, pp. 318-319 e 322, também sustenta que o instituto da tutela de interditos visa fazer face, maioritariamente, a problemas de ordem patrimonial, chamando a atenção para a referência, dele constante, à possibilidade de alienação de bens para fazer face a despesas de saúde do interdito. Não partilhamos inteiramente deste entendimento. Mais do que uma separação entre os problemas de ordem patrimonial ou pessoal, parece-nos avisado separar das demais as questões relativas ao suprimento da incapacidade de menores e interditos. A representação legal de menores e interditos pelo respectivo tutor é necessária sempre que haja necessidade de gerir um património mas não será menos necessária quando esteja em causa a tomada de uma decisão respeitante a direitos de personalidade dos menores ou interditos. Na verdade, a necessidade de gerir um património pode mesmo ser motivo para a instituição do regime de administração de bens, conforme se retira do disposto na alínea b) do artigo 1922.º CC. O dever de cuidar da saúde dos interditos ultrapassa em muito a matéria dos custos, envolvendo, desde logo, a prestação do consentimento para a prática de actos médicos. Sobre o tema, cf. ANDRÉ DIAS PEREIRA, «A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica», em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra 2006, pp. 199-249.

Segundo o autor, «consentir numa intervenção médica é um *acto pessoalíssimo*, que tutela os bens jurídicos da mais elevada dignidade axiológica e constitucional» (p. 201). O autor defende a autonomização dogmática do instituto da capacidade para consentir em relação à capacidade negocial.

É obrigatório o cargo de tutor, não podendo alguém escusar-se do seu exercício senão nos casos expressos na lei (artigo 1926.º CC). Todavia, é de notar que a obrigação de tutela não recai sobre a população em geral. Se o vínculo que une o interditando a um possível tutor for de cariz pessoal, a obrigação de tutela só se constitui na esfera deste se ambos forem parentes ou afins em linha recta ou seus colaterais até ao quarto grau e não houver outro motivo de escusa¹¹. Se esse vínculo for de natureza profissional, veremos melhor adiante que só em circunstâncias muito limitadas essa obrigação é imposta¹².

3. A quem incumbe a tutela

A identificação das pessoas que, em cada caso, se encontram vinculadas a uma obrigação de tutela resulta de vários preceitos do Código Civil¹³.

As pessoas a quem incumbe, em primeira linha, a tutela dos interditos, pela ordem indicada, são as enumeradas no n.º 1 do artigo 143.º CC:

- a) *Ao cônjuge do interdito, salvo se estiver separado judicialmente de pessoas e bens ou separado de facto por culpa sua, ou se for por outra causa legalmente incapaz;*
- b) *A pessoa designada pelo pai ou pelo progenitor que exercer o poder paternal, em testamento ou documento autêntico ou autenticado;*
- c) *A qualquer dos progenitores do interdito que, de acordo com o interesse deste, o tribunal designar;*
- d) *Aos filhos maiores, preferindo o mais velho, salvo se o tribunal, ouvido o conselho de família, entender que algum dos outros dá maiores garantias de bom desempenho do cargo¹⁴.*

No entanto, *de jure condito*, não deixa de reconhecer ao tutor do interdito legitimidade para consentir na prática de actos médicos sobre a pessoa do interdito, na qualidade de seu representante legal (pp. 241-242)

¹¹ Cf. o artigo 1934.º CC.

¹² Cf. o artigo 1962.º CC e a exposição subsequente, particularmente o ponto 4.

¹³ Cf. ainda o artigo 944.º do Código de Processo Civil. De acordo com este preceito, cabe ao autor, na petição inicial, «indicar as pessoas que, segundo os critérios da lei, devam compor o conselho de família e exercer a tutela ou curatela».

¹⁴ A doutrina distinguia, tradicionalmente, no contexto da tutela de menores, entre a tutela testamentária, legítima e dativa, consoante a designação do tutor fosse feita pelos pais, decorresse da lei ou resultasse de decisão judicial. Cf. J. CASTRO MENDES, *Direito da família*, A.A.F.D.L., Lisboa 1990/1991, pp. 370-372. Desde a reforma de 1977, as modalidades de tutela existentes no nosso ordenamento foram reduzidas a duas: a tutela testamentária e a tutela dativa. Note-se que, quer a tutela de menores, quer a tutela de interditos, ainda que testamentária, carecem sempre de confirmação judicial. Quanto a esta última, veja-se o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 143.º CC e no n.º 1 do artigo 954.º do Código de Processo Civil.

Não se oferecem dúvidas de que estas pessoas se encontram obrigadas a desempenhar tais funções, salvo na medida em que para isso não sejam idóneas¹⁵ ou que possam delas escusar-se – veremos adiante os fundamentos possíveis para um pedido de escusa¹⁶. Na falta, indisponibilidade ou inidoneidade dessas pessoas para o exercício de tais funções, cabe ao tribunal designar um tutor, em regra após consulta do conselho de família (artigo 143.º, n.º 2, CC). Note-se, contudo, que nem sempre este existe (artigo 1962.º, n.º 2, CC).

O tribunal não dispõe de total liberdade para seleccionar a pessoa mais indicada para exercer as funções de tutor do interdito. Nesta matéria, têm ainda aplicação, «com as necessárias adaptações», as disposições relativas à tutela de menores (artigo 139.º CC).

Cai-se então no âmbito da chamada tutela dativa, regulada pelo artigo 1931.º CC. Vejamos o que dispõe o n.º 1:

Quando os pais não tenham designado tutor ou este não haja sido confirmado, compete ao tribunal de menores, ouvido o conselho de família, nomear o tutor de entre os parentes ou

¹⁵ Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 1933.º CC, não serão idóneas para desempenhar as funções de tutor as seguintes pessoas: «a) os menores não emancipados, os interditos e os inabilitados; b) os notoriamente dementes, ainda que não estejam interditos ou inabilitados; c) as pessoas de mau procedimento ou que não tenham modo de vida conhecido; d) os que tiverem sido inibidos ou se encontrarem total ou parcialmente suspensos do poder paternal; e) os que tiverem sido removidos ou se encontrarem suspensos de outra tutela ou do cargo de vogal de conselho de família por falta de cumprimento das respectivas obrigações; f) os divorciados e os separados judicialmente de pessoas e bens por sua culpa; g) os que tenham demanda pendente com o menor ou com seus pais, ou a tenham tido há menos de cinco anos; h) aquele cujos pais, filhos ou cônjuges tenham, ou hajam tido há menos de cinco anos, demanda com o menor ou seus pais; i) os que sejam inimigos pessoais do menor ou dos seus pais; j) os que tenham sido excluídos pelo pai ou mãe do menor, nos mesmos termos em que qualquer deles pode designar tutor; 1) os magistrados judiciais ou de Ministério Público que exerçam funções na comarca do domicílio do menor ou na da situação dos seus bens.» Acrescenta o n.º 2: «Os inabilitados por prodigalidade, os falidos ou insolventes, e bem assim os inibidos ou suspensos do poder paternal ou removidos da tutela, quanto à administração de bens, podem ser nomeados tutores, desde que sejam apenas encarregados da guarda e regência da pessoa do menor.» A alínea f) do n.º 1, que refere «os divorciados e os separados judicialmente de pessoas e bens por sua culpa», embora nunca tenha sido objecto de revogação expressa, deve ter-se por tacitamente revogada pela Lei n.º 61 /2008, de 31 de Outubro. Este diploma legal veio alterar o regime do divórcio, dele suprimindo os juízos de culpa e remetendo para os termos gerais o ressarcimento de danos eventualmente imputáveis a um dos cônjuges (cf. o artigo 1792.º CC). Em todo o caso, na medida em que a culpa no divórcio não seria necessariamente relevante para os efeitos aqui em vista, temos sérias dúvidas quanto à constitucionalidade da norma vertida na alínea f) do n.º 1 do artigo 1933.º cc.

¹⁶ Que constam do artigo 1934.º CC.

*afins do menor [leia-se: o interdito] ou de entre as pessoas que de facto tenham cuidado ou estejam a cuidar do menor [idem] ou tenham por ele demonstrado afeição*¹⁷.

Sempre que não se vislumbre hipótese de nomear um familiar do interdito, em virtude da falta, indisponibilidade ou inidoneidade dessas pessoas para o exercício de tais funções, o tribunal pode ainda recorrer a qualquer das «pessoas que de facto tenham cuidado ou estejam a cuidar» do interdito «ou tenham por ele demonstrado afeição». Tendo em conta a obrigatoriedade de exercício do cargo de tutor, acima referida, facilmente chegaríamos à conclusão de que, se essa obrigatoriedade abrangesse todas as pessoas que de algum modo se enquadrem nesta previsão, este regime seria, potencialmente, de grande amplitude, na medida em que a obrigação poderia constituir-se na esfera de quaisquer pessoas com uma ligação, ainda que muito ténue, ao interdito.

Contudo, esta imposição legal é temperada com a constituição, na esfera de alguns dos visados, da faculdade de escusa do exercício de tais funções, cujos fundamentos se encontram regulados, por remissão, no artigo 1934.º CC. No caso dos interditos, este preceito deve sofrer as adaptações decorrentes do disposto no artigo 146.º CC. No entanto, estas dizem apenas respeito aos familiares do interdito, pelo que, nesta sede, não se afigura relevante analisá-las. A existência desta importante faculdade de escusa tem como resultado a necessidade de se traçar uma fronteira entre os casos de tutela obrigatória e os casos de tutela voluntária – enquadrando-se neste segundo grupo de casos, quer aqueles em que alguém se oferece para exercer as funções de tutor, quer aqueles em que a designação do tribunal é aceite, podendo não o ser.

Podemos dividir os fundamentos de escusa em duas grandes categorias: (i) o desempenho de certos cargos políticos ou o exercício de determinadas funções religiosas ou militares – previstos, respectivamente, nas alíneas a) a e) do n.º 1 do artigo 1934.º CC; e aqueles que se prendem com circunstâncias várias da vida que, sobretudo em virtude do seu carácter absorvente, são susceptíveis de reduzir a disponibilidade para o exercício das funções de tutela – a que respeitam as alíneas d) a i) do n.º 1 do artigo 1934.º CC. Os primeiros terão

¹⁷ Digna de nota é a ausência de um regime que confira de forma explícita ao próprio interditando a possibilidade de designar o tutor em momento em que se encontre na plena posse das suas faculdades, ausência que é de condenar, tendo em conta os muitos casos em que a anomalia psíquica surge na fase final da vida de quem fora até então plenamente capaz. Somos da opinião de que, por decorrência directa do princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no artigo 1.º da Constituição, o tribunal deve atender à designação feita pelo próprio, aplicando-lhe, analogicamente, o regime da tutela testamentária, incluindo o disposto no n.º 3 do artigo 1928.º CC. Cf., no ordenamento alemão, o disposto nos §§ 104 e 1896 II BGB. Cf. a análise de possíveis alternativas a estes institutos ao dispor dos próprios interessados no seio do nosso ordenamento em PAULA TÁVORA VÍTOR, cit. *supra* n. 1, pp. 165-313.

um interesse reduzido para a presente análise. Centremo-nos nos segundos. Podem escusar-se da tutela, segundo o respectivo n.º 1:

- d) Os que residam fora da comarca onde o menor [leia-se: o interdito] tem a maior parte dos bens, salvo se a tutela compreender apenas a regência da pessoa do menor [idem], ou os bens deste forem de reduzido valor;*
- e) Os que tiverem mais de três descendentes a seu cargo;*
- f) Os que exerçam outra tutela ou curatela;*
- g) Os que tenham mais de sessenta e cinco anos;*
- h) Os que não sejam parentes ou afins em linha recta do menor [leia-se: do interdito], ou seus colaterais até ao quarto grau;*
- i) Os que, em virtude de doença, ocupações profissionais absorventes ou carência de meios económicos, não possam exercer a tutela sem grave incómodo ou prejuízo.*

De entre estas alíneas existe uma - a alínea h) – que vem reduzir drasticamente o alcance da obrigatoriedade da tutela, ao permitir a escusa a todos os «que não sejam parentes ou afins em linha recta [do interdito], ou seus colaterais até ao quarto grau»¹⁸. Note-se que, em caso de escusa, o tribunal só poderá compelir o autor do pedido a aceitar a tutela se e quando cessar o fundamento da escusa (n.º 2 do artigo 1934.º CC).

Quem perfilhe o entendimento de que este preceito se aplica a todos os casos de tutela, mais depressa chega à conclusão de que nunca a SCML, directamente ou por intermédio dos titulares dos seus órgãos, pode encontrar-se obrigada a exercer funções de tutela, já que lhe assistiria, a si e aos titulares dos seus órgãos, a faculdade de escusa do exercício de tais funções, quanto mais não seja com fundamento na ausência de quaisquer relações de parentesco ou afinidade entre si e os interditandos que sejam de algum modo apoiados pela SCML.

No entanto, essa não se nos afigura corresponder à interpretação mais acertada do preceito. Na verdade, importa distinguir entre o exercício da tutela a título pessoal, a que se reportam em primeira linha os artigos 1927.º ss CC, e a título profissional, regulado no artigo 1962.º CC.

¹⁸ Dificilmente se compreende a disparidade de critérios legais de selecção dos graus de parentesco e outras relações de proximidade relevantes para a imposição de uma obrigação de tutela e dos que relevam para a imposição de uma obrigação de alimentos (cf. o disposto no artigo 2009.º CC).

4. O exercício da tutela a título profissional

Atente-se no disposto no n.º 1 do artigo 1962.º CC:

*Quando não exista pessoa em condições de exercer a tutela, o menor é confiado à assistência pública, nos termos da respectiva legislação, exercendo as funções de tutor o director do estabelecimento público ou particular onde tenha sido internado*¹⁹.

É este o único caso de exercício da tutela a título profissional regulado pelo Código Civil. E é evidente o seu potencial de aplicação aos titulares dos órgãos da SCML.

Em Portugal, tem prevalecido o entendimento de que a tutela, pela sua aproximação à figura parental, seria indissociável da personalidade singular²⁰. Não pomos em causa que o *exercício* de tais funções deva ser realizado por uma pessoa singular, conforme resulta, sem margem para dúvidas, da letra do preceito. Contudo, já não nos parece isenta de dúvidas a conclusão de que o tutor seja, nesses casos, a própria pessoa singular e não a entidade, normalmente unia pessoa colectiva, a quem o menor ou o interditando terá sido «confiado».

Atente-se na solução consagrada no ordenamento alemão²¹. Neste, a designação de uma pessoa colectiva para o acompanhamento de adultos não é inteiramente posta de parte,

¹⁹ Redacção que lhe foi dada pelo DL 496/77, de 25 de Novembro. Na sua versão original, cf. o disposto no artigo 1966.º CC (menores abandonados): «1. Os menores abandonados são confiados à assistência pública, nos termos da respectiva legislação, exercendo as funções de tutor o director do estabelecimento, público ou particular, onde tenham sido internados. 2. O tribunal de menores póde sempre deferir a tutela a quem, mostrando-se idóneo para o exercício do cargo, queira encarregar-se gratuitamente da guarda e educação do abandonado; neste caso, o director do estabelecimento a cargo do qual se encontrava inicialmente o menor ou, na sua falta, qualquer pessoa escolhida pelo tribunal exercerá as funções de protutor.» Trata-se de «um caso especial de tutela dativa», nas palavras de CASTRO MENDES, cit. *supra* n. 14, p. 372. Veja-se o artigo 354.º do Código Civil italiano de 1942.

²⁰ Invocando-se, a este respeito, o artigo 160.º/2 CC.

²¹ O instituto correspondente à tutela, no ordenamento alemão, é o instituto do acompanhamento de maiores (*Betreuung*). De acordo com o disposto no § 1897 I e II e no § 1900 I BGB, o acompanhamento de maiores é assegurado em primeira linha por uma ou mais pessoas singulares – ainda que a escolha recaia sobre um trabalhador de uma associação de acompanhamento de maiores. Só a título subsidiário, no caso de esse acompanhamento se revelar insuficiente pode o tribunal designar para o acompanhamento a própria associação de acompanhamento de maiores (*Betreuungsverein*) ou, como solução de último recurso, uma autoridade administrativa (*Behörde*). Nos termos do disposto no § 1900 II BGB, a associação designada pelo tribunal para o acompanhamento deve ainda assim designar uma ou mais pessoas singulares para a realização das actividades de acompanhamento, informando o tribunal da sua escolha. O preceito nada diz quanto à sua identidade, mas entende a doutrina que tais pessoas deverão ser, ou associados, ou trabalhadores da associação. Cf. DIETER SCHWAB em *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 8, 4.ª ed., Munique 2002, «Vor § 1896», m. 11, e § 1900, mm. 6-8; e ainda no seu *Familienrecht*, pp. 387-388 (mm. 819-821). Mais, uma vez designada a associação para o desempenho de tais funções, se a

embora seja uma solução de último recurso – o que a doutrina explica pela maior transparência e facilidade no desenvolvimento de uma relação de confiança pessoal entre os adultos a acompanhar e os respectivos acompanhantes quando estes últimos são pessoas singulares, ainda que desempenhem tais funções a título profissional²². Nos casos em que o tribunal designa uma pessoa colectiva para o acompanhamento de maiores, cabe à pessoa colectiva, nessa qualidade, indicar a pessoa ou pessoas singulares que levarão a cabo as actividades de acompanhamento propriamente ditas, devendo aquelas dar conhecimento da sua escolha ao tribunal.

Bem vistas as coisas, parece-nos que a solução portuguesa não se afasta muito desta. Quer se entenda, como tem entendido a doutrina e a jurisprudência, que o preceito em análise atribui a legitimidade para se ser designado para o cargo de tutor ao director do estabelecimento, quer se defenda, como nos parece mais consentâneo com o espírito do preceito, que essa legitimidade caberia antes à pessoa colectiva, devendo esta delegar o *exercício* de tais funções no director do estabelecimento, a verdade é que o exercício da tutela pelo director do estabelecimento se encontra irremediavelmente ligado à sua qualidade de titular desse órgão – neste caso, a direcção do estabelecimento²³. O desempenho das funções de tutor não ocorre, neste caso, a título pessoal, mas no seio da pessoa colectiva em que o director exerce a sua profissão, cessando as suas funções logo que cesse a titularidade do seu cargo, e passando as funções de tutor a ser exercidas pelo seu sucessor no cargo²⁴. Daí a designação, por nós adoptada, de «tutela institucional de interditos».

dada altura chegar ao seu conhecimento a existência de uma ou mais pessoas singulares em condições de exercê-las, está a associação obrigada a informar disso o tribunal (§ 1900 III BGB). Confirmando-se que essas pessoas singulares estão em condições de exercer as funções de acompanhamento do maior, serão as mesmas designadas pelo tribunal, em substituição da associação. Cf. DIETER SCHWAB em *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 8, 4.ª ed., Munique 2002, § 1900, m. 8; e UWE DIEDERICHSEN em PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 65.ª ed., Munique 2006, § 1900, m. 8. Cf. ainda]. GERNHUBER/D. COESTERWALTJEN, cit. *supra* n. 1, pp. 1242-1247.

²² Cf., neste sentido, J. GERNHUBER/D. COESTER-WALTJEN, cit. *supra* n. 1, p. 1242. Em rigor, como vimos, esta é uma solução «de penúltimo recurso» (cf. *supra* n. 21).

²³ Em apoio da interpretação que nos parece mais consentânea com o espírito do preceito, veja-se ainda a formulação da alínea o) do nº 3 do artigo 4º dos Estatutos («a SCML ... assegura ... a tutela»). Cf. *supra* o texto que antecede a n. 3.

²⁴ Cf., neste sentido, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. V, Coimbra 1995, p. 495. Não obstante corresponder à prática dos nossos tribunais a designação, para o cargo de tutor, do director do estabelecimento, também tem sido a prática essas funções transitarem, com a sucessão no cargo, para os sucessivos directores do estabelecimento. É melhor, quanto a este aspecto, a solução do direito alemão. Pela solução portuguesa, cessando o vínculo entre a pessoa colectiva e a pessoa singular designada pelo

É o que parece resultar da interpretação do artigo 1962.º CC. Do n.º 2 deste preceito retira-se ainda que, nestes casos, se dispensa a existência de conselho de família e de protutor – o que se compreende, desde logo, atendendo às estruturas de apoio de que, nestes casos, já dispõe o director, no seio da pessoa colectiva em que se insere, bem como ao cariz profissional do exercício das suas funções²⁵.

Ao considerar as situações de exercício da tutela a título profissional, facilmente chegamos à conclusão de que pouco ou nenhum sentido faria a aplicação, a esses casos, dos fundamentos de escusa acima enunciados.

Senão vejamos: o director de um estabelecimento que tenha a seu cargo menores ou outros internados não deve poder escusar-se ao exercício das funções de tutor com fundamento, por hipótese, na circunstância de já exercer essas funções em relação a outra pessoa [alínea f) do n.º 1 do artigo 1934.º CCJ]. A aplicação dessa regra a este caso conduziria ao resultado absurdo de o preceito regulador da tutela de tais pessoas só se aplicar, com carácter vinculativo, ao primeiro caso de tutela existente em cada um desses estabelecimentos de educação ou assistência. Todavia, ainda a pior resultado levaria a aplicação, ao mesmo director, do fundamento de escusa relativo à ausência de relações de parentesco ou afinidade entre si e o menor ou interdito [alínea f) do n.º 1 do artigo 1934.º CC]. O mesmo raciocínio é válido em relação aos demais fundamentos de escusa, já que se trata, de uma maneira geral, de circunstâncias relativas à vida pessoal, que não podem relevar quando as funções se tutela se exercem por inerência, a título profissional.

Não é este o único preceito que não se aplica ao exercício da tutela a título profissional. Efectivamente, o regime da tutela institucional só é chamado «[q]uando não exista pessoa em condições de exercer a tutela» (início do n.º 1 do artigo 1962.º CC). O que é que isto significa?

tribunal, cessa também o controlo judicial da identidade de quem exercer as funções de tutor, já que, na falta de uma disposição em sentido diverso, parece dever concluir-se que o seu desempenho pelo respectivo sucessor ocorre por mero efeito da sucessão no cargo, sem qualquer outra intervenção do tribunal. Cf. ainda a referência à delegação do exercício das funções tutelares pela administração do tutor institucional num dos seus membros, constante do artigo 354.º do Código Civil italiano de 1942, e o disposto no respectivo artigo 402.º. A doutrina italiana designa estas entidades como «tutores assistenciais» e refere-se ao exercício, pelos seus membros, da «tutela delegada». Cf. cf. ALFREDO BUCCIANTE, em *Trattato di diritto privato, Persone e Famiglia*, tomo III, vol. 4, 2.ª ed., coord. PIETRO RESCIGNO, UTET, Turim 1997, pp. 697-698.

²⁵ A circunstância de o regime da tutela institucional de interditos só se aplicar quando, no conjunto das relações pessoais de um dado interditando, falte quem esteja em condições de exercer a tutela não impediria, em abstracto, a constituição de um conselho de família, uma vez que não são os mesmos os requisitos para o desempenho de tais funções. No entanto, é natural que em muitos desses casos faltassem também os candidatos para a constituição de um conselho de família.

Significa isto que o instituto da tutela institucional é subsidiário, só tendo cabimento legal nos casos em que se esgotaram todas as possibilidades que nos oferece o regime geral de tutela constante dos artigos 1927.º ss CC²⁶.

O mesmo é dizer que só pode haver designação para o exercício das funções de tutor de quem o faça a título profissional nas situações de falta, inidoneidade ou indisponibilidade de todas as pessoas, segundo o regime geral, estariam em condições de ser chamadas à tutela – incluindo todas aquelas a que faz referência o artigo 1931.º/1 CC (os «parentes ou afins do menor» [ou interdito]) e «as pessoas que de facto tenham cuidado ou estejam a cuidar do menor [ou interdito] ou tenham por ele demonstrado afeição».

Do exposto decorre a necessidade de uma interpretação restritiva da referência, neste preceito, às «pessoas que de facto tenham cuidado ou estejam a cuidar do menor [ou interdito]». A restrição deve operar de modo a excluir do âmbito de aplicação do preceito quem cuide ou tenha cuidado do menor ou interdito no exercício de uma profissão. Assim é, desde logo, porque o impõe a parte inicial do artigo 1962.º, n.º 1, CC (ao esclarecer a natureza subsidiária do instituto). No entanto, outras razões podem ser aduzidas em apoio desta conclusão. Mais uma vez, pense-se no absurdo que seria sujeitar a uma obrigação de tutela todos aqueles cuja profissão consiste em cuidar de terceiros, sob alguma das variadíssimas formas que pode assumir a actividade de cuidar de terceiros. A obrigação aplicar-se-ia, indiscriminadamente, aos médicos, enfermeiros e demais agentes de saúde, aos psicólogos, assistentes sociais, empregados domésticos, bombeiros, nadadores-salvadores, enfim, o rol de profissões potencialmente em causa não teria fim à vista. Manifestamente, não pode ser essa a interpretação mais acertada do n.º 1 do artigo 1931.º CC.

Em vista do exposto, podemos concluir que a única situação em que a obrigação de tutela se impõe, no que respeita ao exercício da tutela a título profissional, é a que é regulada pelo artigo 1962.º CC²⁷.

²⁶ O mesmo se passa, no ordenamento alemão, em relação ao instituto do acompanhamento de maiores (*Betreuung*). Cf. *supra* n. 21.

²⁷ A respeito do instituto do acompanhamento de maiores no direito alemão, é de notar que, segundo o § 1900 1 BGB, a designação de uma pessoa colectiva para o desempenho das funções de acompanhamento de maiores – no caso, uma associação de acompanhamento – carece do consentimento da própria pessoa colectiva. Cf. DIETER SCHWAB em *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 8, 4.ª ed., Munique 2002, § 1900 m. 4. Veja-se ainda o disposto no § 1897 II BGB, segundo o qual o tribunal só pode designar um trabalhador de uma associação de acompanhamento de maiores para o desempenho destas funções com o consentimento da própria associação. Nesse caso, o trabalhador desempenha tais funções em nome próprio e não em representação da associação, mas fá-lo nessa qualidade e não a título pessoal, o

O mesmo é dizer que o desempenho das funções de tutela só é obrigatório, por inerência, para os titulares de certos cargos, no caso dos directores de estabelecimentos públicos ou particulares de educação ou assistência onde os menores ou interditandos estejam internados por terem sido confiados à assistência pública – e sempre como meio de suprir a respectiva incapacidade genérica de exercício, ou seja, só nos casos em que mais ninguém possa fazê-lo. São estes os casos directamente regulados pelo artigo 1962.º CC²⁸.

Perguntar-se-á se este regime poderá aplicar-se por via analógica a outras situações, por ele não directamente reguladas. A resposta será, naturalmente, afirmativa, pelo menos em abstracto.

Importa atentar, antes de mais, na razão de ser do regime da tutela institucional vertido no Código Civil. Esta conduz-nos à conclusão de que o cerne do regime está, antes de mais, nas noções de «internamento» e de «confiança à assistência pública».

Começando pela primeira, cumpre sublinhar que a situação de internamento dos menores e interditos já implica a prestação da generalidade dos cuidados que um tutor deve assegurar, pelo que a designação do director do estabelecimento como tutor não implicaria necessariamente, por si só, nesses casos, a constituição de um novo encargo para o estabelecimento, apenas conferiria ao tutor designado meios jurídicos mais alargados para o desempenho das suas funções²⁹.

Se o regime de obrigatoriedade da tutela se aplicasse a situações de assistência social mais ténue – designadamente a simples prestação de apoio domiciliário a um idoso que, a certa altura, revele sinais de anomalia psíquica – essa aplicação teria consequências bem mais significativas para o estabelecimento em causa, já que o reconhecimento da incapacidade do idoso para governar a sua pessoa e bens, pressuposto da sua interdição, faria impender sobre o tutor designado a obrigação de o retirar de imediato do seu domicílio e de lhe providenciar uma situação de internamento, uma vez que, com toda a probabilidade, esse grau de incapacidade não seria consentâneo com uma vida em residência própria, sem apoio permanente. Daí a necessidade de uma disposição própria que estabelecesse semelhante

que justifica a necessidade de obtenção do consentimento da associação. Cf. Cf. SCHWAB, cit., § 1897 mm. 10-12. Cf. ainda UWE DIEDERICHSEN, cit. *supra* n. 21, § 1897, m. 11 e § 1900, m. 4.

²⁸ Cf., sublinhando as diferenças de regimes, F.A. PIRES DE LIMA, «Filiação, poder paternal, tutela de menores, emancipação e maioridade» (1959) 89 BMJ 23-122, a p. 36. Cf. ainda, no anteprojecto propriamente dito, as pp. 112-115 (artigos 254.º a 256.º e 259.º a 264.º). Cf., por último, o anteprojecto de M. D. GOMES DA SILVA e F. PESSOA JORGE, «O direito da família no futuro código civil» (1963) 124 BMJ 251-283, pp. 272 e 274-275 (artigos 43.º e 46.º).

²⁹ Quanto à distinção entre os meios jurídicos para fazer face às necessidades de natureza pessoal e patrimonial dos menores e interditos, cf. *supra* n. 100. Cf. ainda CASTRO MENDES, cit. *Supra* n. 14, p. 384.

encargo para tais instituições, já que não procede, manifestamente, a analogia com as situações de prévio internamento a que alude o artigo 1962.º CC.

Atente-se agora na última das noções que estão no cerne do regime de obrigatoriedade da tutela profissional – a noção de confiança do menor ou interdito à assistência pública. Na verdade, há uma diferença muito significativa entre as situações de internamento de quem foi confiado à assistência pública e as demais situações de internamento – pense-se, por exemplo, nos hospitais ou outros estabelecimentos de saúde ou mesmo de lares ou famílias de acolhimento em que o menor ou interdito se encontre internado³⁰. Essa diferença consiste, antes de mais, na circunstância de as primeiras implicarem o sustento do menor ou interdito – o que, manifestamente, não é o caso das segundas, mormente quando as instituições em causa sejam de natureza particular e o menor ou interdito nelas beneficie de cuidados em virtude de uma relação de prestação de serviços de natureza onerosa³¹. Efectivamente, não podemos, nestes casos, encontrar base alguma para uma analogia que justificasse a aplicação do regime do artigo 1962.º/1 CC.

Em acréscimo, as situações de confiança de um internado à assistência pública implicam, manifestamente, a dispensa do consentimento do mesmo em relação a uma decisão que lhe é alheia.

Não há identidade entre a situação do referido hospital e a situação da SCML³². No entanto, o exemplo serve para demonstrar a importância, para a aplicação do regime de tutela

³⁰ O acolhimento familiar de idosos e de adultos com deficiência encontra-se regulado no Decreto-Lei n.º 391/91, de 10 de Outubro. O serviço de acolhimento familiar é prestado em casas particulares, a título oneroso, por “famílias consideradas idóneas» (artigo 1.º). O serviço pode ser promovido pelos centros regionais de segurança social ou pela SCML (artigo 13.º). As condições a que o acolhimento deve obedecer constarão de contrato, que cessará, entre outros casos, “[q]uando a família de acolhimento ou a pessoa acolhida não desejem manter a situação» (artigo 18.º).

³¹ Há ainda que distinguir, no caso de serviços de natureza onerosa, consoante a contraprestação se calcule a preços de mercado ou apresente um valor diminuto, ainda que não meramente simbólico, calculado, por exemplo, em função das posses de cada um dos respectivos utentes, como acontecerá com muitos dos utentes da SCML.

³² Como se disse acima, a SCML é uma pessoa colectiva de direito privado e utilidade pública administrativa (artigo 1.º, n.º 1, dos Estatutos). Acresce que é uma pessoa colectiva com especiais responsabilidades no domínio da acção social em Lisboa, em virtude de Protocolo, datado de 30 de Junho de 2004, celebrado com o Instituto de Solidariedade e Segurança Social. No entanto, nem da sua natureza nem deste instrumento decorrem quaisquer *obrigações* de internamento de pessoas carenciadas nos estabelecimentos da SCML. Não obstante o teor deste instrumento, o internamento de pessoas carenciadas nos estabelecimentos da SCML continua a depender de decisão tomada, em cada caso, pelas instâncias decisórias da SCML, de acordo com as orientações gerais para tal fim definidas pelos órgãos da SCML. A circunstância de, em todas

profissional obrigatória, da preexistência de uma situação de confiança do menor ou interditando à assistência pública. Note-se que a confiança do menor ou interditando à assistência pública não é um pressuposto para a aplicação do n.º 1 do artigo 1962.º CC. A confiança à assistência pública integra a sua estatuição: o que dispõe o preceito é que, nos casos de falta, inidoneidade ou indisponibilidade de quem possa exercer as funções de tutor do menor ou interdito, este deve, antes de mais, ser «confiado à assistência pública, nos termos da respectiva legislação». Só depois de isso ter acontecido estaremos em condições de aplicar o preceito na Íntegra, já que só então o menor ou interditando se encontrará internado no estabelecimento cujo director será nesse momento designado para o desempenho das funções de tutor³³. Mais uma vez, onde essa confiança teve lugar, o sustento do menor ou interditando já caberá, na sua totalidade, ao estabelecimento a que foi confiado, não constituindo a aceitação da tutela um encargo de monta para o estabelecimento.

A confiança do menor ou interditando à assistência pública cabe, naturalmente, ao Estado. A mesma é regulada pela «respectiva legislação» – que, evidentemente, é algo de distinto do próprio Código Civil, ou esta remissão careceria de sentido³⁴. Em caso de anomalia psíquica, entre a referida legislação sobreleva a Lei da Saúde Mental, aprovada pela Lei n.º 36/98, de 24 de Julho, alterada pela Lei n.º 101/99, de 26 de Julho³⁵.

Nos termos do n.º 1 do respectivo artigo 12.º, «[o] portador de anomalia psíquica grave que crie, por força dela, uma situação de perigo para bens jurídicos, de relevante valor,

as situações concretas que se lhe apresentem, a decisão ser de internamento das pessoas carenciadas, por ser essa a decisão mais conforme aos seus fins estatutários e às orientações gerais definidas pelos órgãos da SCML, em nada prejudica esta margem de autonomia da SCML.

³³ Cf., como exemplo, o Ac. RP de 06.07.2005 (Pelayo Gonçalves) (disponível, na íntegra, em www.dgsi.pt).

³⁴ Neste sentido, sobre a lei espanhola, L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *Derecho de familia y de la persona*, vol. 2, Bosch, Barcelona 2007, pp. 826-827. Cf. os artigos 172.º e 239.º do Código Civil espanhol.

³⁵ Cf. ainda o Decreto-Lei n.º 8/2010, de 28 de Janeiro, que «cria um conjunto de unidades e equipas de cuidados continuados integrados de saúde mental, destinado às pessoas com doença mental grave de que resulte incapacidade psicossocial e que se encontrem em situação de dependência» (artigo 1.º, n.º 1). Entre essas unidades incluem-se, entre outros meios de apoio, as «unidades residenciais» (artigo 1.º, n.º 2). O desenvolvimento e coordenação das respostas de cuidados continuados integrados de saúde mental foram cometidos à unidade de missão para os cuidados continuados integrados por força da Resolução do Conselho de Ministros n.º 37 /2010, de 14 de Maio. A aplicação conjunta de ambos os regimes poderá eventualmente vir a revelar-se o modo mais adequado de fazer face às necessidades de apoio de todos quantos sejam ou, a dada altura das suas vidas, se tornem incapazes de governar a sua pessoa e bens e não disponham, no seio das suas relações pessoais, de quem esteja em condições de assumir esse encargo, dando-se assim cumprimento aos comandos do legislador constituinte vertidos nos artigos 71.º e 72.º da Constituição.

próprios ou alheios, de natureza pessoal ou patrimonial, e recuse submeter-se ao necessário tratamento médico pode ser internado em estabelecimento adequado». Será em princípio o caso de quem, por anomalia psíquica, se mostre incapaz de governar a sua pessoa e bens. Nos termos do n.º 1 do respectivo artigo 13.º, «[t]em legitimidade para requerer o internamento compulsivo o representante legal do portador de anomalia psíquica, qualquer pessoa com legitimidade para requerer a sua interdição, as autoridades de saúde pública e o Ministério Público». É este o caminho prévio a percorrer por quem pretenda designar um tutor a título profissional, fazendo uso do disposto no artigo 1962.º, n.º 1, CC.

A confiança do menor ou interditando à assistência pública desempenha assim, para o exercício da tutela a título profissional, uma função semelhante aos factores de proximidade entre a pessoa a designar como tutor e a pessoa do menor ou interditando previstos nos artigos 143.º e 1931.º CC para o regime da tutela a título pessoal. A diferença consiste em que, no caso do regime da tutela a título profissional, a relação de proximidade se exprime, compreensivelmente, num vínculo puramente funcional: desempenha as funções de tutor ou director do estabelecimento, ou quem lhe haja sucedido na respectiva competência, a que foi confiado o menor ou interditando.

Deste modo, o recurso ao regime da tutela a título profissional não se apresenta como alternativo em relação ao regime da tutela a título pessoal, mas como uma consequência de, ao abrigo deste último, não ser possível designar um tutor, sendo ainda necessário que ocorram os pressupostos da confiança à assistência pública nos termos da legislação aplicável.

5. A tutela institucional e a Constituição

Retomemos agora a disposição da alínea *o*) do n.º 3 do artigo 4.º dos Estatutos da SCML, nos termos da qual «[p]ara a realização dos seus fins estatutários, a SCML [...] assegura, quando se mostre necessário, a tutela e curatela dos menores, interditos e inabilitados apoiados pela SCML, nos respectivos termos legais».

À luz da exposição que antecede, a disposição em causa não pode ser interpretada como alargando, em relação ao disposto nos artigos 143.º e 1931.º CC, o círculo de pessoas que podem ser designadas pelo tribunal como tutoras, no âmbito do regime da tutela a título pessoal ou, em qualquer caso, como uma norma que atribui um dever aos titulares dos órgãos da SCML de assegurarem a tutela dos menores e interditos apoiados, a qualquer título, por essa instituição, quando em relação aos mesmos não tenha ocorrido a respectiva confiança à assistência pública, através do respectivo internamento em estabelecimento de saúde integrado na SCML. Em vez disso, a disposição deve ser interpretada como permitindo que, nos casos em que o regime da tutela a título profissional seja aplicável a estabelecimentos

integrados na SCML, a função de tutor não tenha de recair necessariamente sobre o director do estabelecimento em causa, conforme dispõe o artigo 1962.º CC, podendo ser exercida pela mesa da SCML, com faculdade de delegação e subdelegação nos termos previstos nos respectivos Estatutos. Se esta interpretação é a que se afigura mais adequada à luz do direito civil, é também a única conforme à Constituição.

Com efeito, caso não fosse interpretada e aplicada nos termos anteriormente expostos, deveria concluir-se pela inconstitucionalidade da norma do artigo 4.º, n.º 3, alínea o), do Estatutos da SCML. Tal juízo de inconstitucionalidade incidiria, importa recordá-lo, sobre a citada norma interpretada no sentido de atribuir um dever aos titulares dos órgãos da SCML de assegurarem a tutela dos menores e interditos apoiados, a qualquer título, por essa instituição, quando em relação aos mesmos não tenha ocorrido, previamente, a falta, inidoneidade ou indisponibilidade de quem possa exercer as funções de tutor, nem a respectiva confiança à assistência pública, através do internamento em estabelecimento integrado na SCML, com verificação dos pressupostos previstos na lei para o efeito.

Os princípios e normas constitucionais à luz dos quais importa aferir a citada interpretação são os seguintes: o princípio da proporcionalidade, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o princípio da reserva de lei parlamentar em legislação sobre matéria de direitos, liberdades e garantias, consagrados, respectivamente, nos artigos 18.º, 26.º, n.º 1, e 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição.

No que diz respeito ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e independentemente da controvérsia sobre o seu alcance, desde a respectiva consagração na Revisão de 1997³⁶, parece claro que o mesmo implica, pelo menos, uma «tutela abrangente da

³⁶ A controvérsia gira sobretudo em torno da questão de saber se o direito ao desenvolvimento da personalidade corresponde à consagração de um direito geral de liberdade de acção, à semelhança do que sucede com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do artigo 2.º, n.º 1, da Lei Fundamental alemã. Para PAULO MOTA PINTO, a partir do direito ao desenvolvimento da personalidade, previsto no artigo 26.º, n.º 1, e do direito à liberdade, tutelado na norma do artigo 27.º, n.º 1, «conclui-se pelo reconhecimento, também na nossa lei fundamental, de uma liberdade geral de acção, integrante, no respectivo domínio de protecção, da actividade humana em geral» (cf. PAULO MOTA PINTO, «O direito ao livre desenvolvimento da personalidade», em AA.VV., *Portugal-Brasil ano 2000*, Coimbra Editora, Coimbra 1999, p. 199). Em sentido contrário, cf. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra 2007, pp. 463 e 478; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa, Volume II - A construção dogmática*, Almedina, Coimbra 2006, pp. 492 e ss., entendem não estar consagrado um direito geral de liberdade no ordenamento jurídico-constitucional português. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 465, admitem, todavia, que a dimensão de liberdade abrangida no direito ao desenvolvimento da personalidade inclui a liberdade contratual e a autonomia privada.

personalidade», bem como o «reconhecimento de um espaço legítimo de liberdade e realização pessoal liberto de intervenção jurídica»³⁷.

No caso em análise, é razoável sustentar que aquela interpretação da norma do artigo 4.º, n.º 3, alínea o), do Estatutos da SCML contende com o conteúdo do direito ao desenvolvimento da personalidade de que são titulares os profissionais da SCML e até esta própria entidade, que, de acordo com o disposto no artigo 26.º, n.º 4, da Constituição, só pode efectuar-se «nos casos e termos previstos na lei»³⁸. Na verdade, ao consagrar um novo dever de exercer a tutela, a cargo dos titulares dos órgãos da SCML, aquela interpretação constitui um claro entorse à bipartição estabelecida na lei civil quanto ao regime da tutela. Esta bipartição, recordemo-lo, assenta na distinção entre o exercício da tutela a título pessoal e a título profissional, sendo que no primeiro caso se exige um especial vínculo pessoal entre a pessoa do tutor e a pessoa do menor ou interditando, normalmente traduzido numa relação familiar próxima, e no segundo caso se faz depender a tutela dos requisitos especialmente exigentes que podem dar lugar à confiança do menor ou interditando à assistência pública, em regra através do respectivo internamento compulsivo³⁹. Ora, a interpretação agora em causa rompe esta bipartição, estendendo um dever de exercer a tutela a pessoas que mantêm com a pessoa do menor ou interditando uma relação meramente ocasional. Não se põe em causa a necessidade de assegurar a tutela de pessoas em relação às quais não exista nenhum familiar em condições de o fazer. Simplesmente, não podemos ignorar que se trata de matéria atinente aos direitos, liberdades e garantias e, nessa medida, carecida de intervenção parlamentar. O que acaba de ser dito leva-nos a admitir a inconstitucionalidade da interpretação sob análise do artigo 4.º, n.º 3, alínea o), dos Estatutos da SCML à luz do

³⁷ Cf. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, tomo I, Coimbra Editora, Coimbra 2005, pp. 287-288.

³⁸ Cf. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, cit. *supra* n. 36, p. 465; ANDRÉ DIAS PEREIRA, cit. *supra* n. 10, p. 204, afirma que «[a]s normas do Código Civil relativas à incapacidade de exercício devem, neste sentido, ser interpretadas em conformidade com a Constituição».

³⁹ Vejam-se, a este propósito, as exigências do regime constante dos artigos 8.º ss da Lei n.º 36/98, de 24 de Julho, concretizando, aliás, a limitação ao direito de liberdade previsto no artigo 27.º, n.º 3, alínea h), da Constituição. Esta última disposição, introduzida pela revisão constitucional de 1997, veio tornar desnecessária a discussão de saber se as excepções ao princípio consagrado no n.º 2 do artigo 27.º da Constituição (segundo o qual «ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança») revestiam, ou não, carácter taxativo (sobre a questão cf. os Ac. TC n.º 60/98 e n.º 674/98; sus tentando que só por decisão judicial pode ter lugar o internamento compulsivo de uma interditanda, cf. o Ac. STJ de 07.10.2004 (Abílio Vasconcelos) (disponível, na Íntegra, em www.dgsi.pt).

disposto no artigo 165.º, n.º 1, alínea *b*), da Constituição. Com efeito, parece inequívoco que a disposição mencionada se encontra em diploma legislativo do Governo não munido de credencial parlamentar – o que de resto é evidenciado pelo preâmbulo do Decreto-Lei n.º 235/2008, de 3 de Dezembro, quando aí se invoca a alínea *a*) do n.º 1 do artigo 198.º da Constituição.

Na verdade, é possível entender que a interpretação criticada ao longo deste estudo afecta o direito ao livre desenvolvimento da personalidade existente na esfera de todos aqueles profissionais com vínculo à SCML sobre os quais poderá vir a recair a obrigação do exercício de funções de tutela em relação às mais diversas pessoas a quem profissionalmente prestam cuidados, sem sequer ser clara a possibilidade de solicitarem a escusa da tutela nos termos do artigo 1934.º CC. Nesta medida, podemos considerar que é afectada a respectiva autonomia privada. Mais do que isso, é a própria autonomia da SCML, enquanto pessoa colectiva de direito privado, como consigna o artigo 1.º dos respectivos Estatutos, que ficaria afectada, pondo-se em causa a sua capacidade de livre decisão na mais adequada prossecução dos respectivos fins estatutários e dando azo a um considerável aumento dos seus gastos, em resultado directo da extensão do exercício da tutela sobre muitas das pessoas a quem presta cuidados, muito para além do que se afigura razoável e previsível⁴⁰.

6. Conclusões

Assim sendo, mais uma vez chegamos à conclusão de que o artigo 4.º, n.º 3, alínea *o*), dos Estatutos da SCML não pode ser interpretado como uma norma que alargue, em relação ao disposto nos artigos 143.º e 1931.º CC, o círculo de pessoas que podem ser designadas para o desempenho de funções de tutela, no âmbito do regime da tutela a título pessoal ou, em qualquer caso, como uma norma que atribua um dever aos titulares dos órgãos da SCML de assegurarem a tutela dos menores e interditos apoiados por essa instituição, ainda que em relação aos mesmos não tenha ocorrido a respectiva confiança à assistência pública, através do respectivo internamento em estabelecimento integrado na SCML. Os Estatutos da SCML não encerram uma obrigação de desempenho das funções de tutela de menores ou interditos por parte da SCML, directamente ou por intermédio dos titulares dos órgãos da SCML.

Com efeito, a única obrigação de desempenho das funções de tutela de menores ou interditos que decorre, para a SCML, por intermédio dos titulares dos seus órgãos, da aplicação do regime de tutela de menores e interditos genericamente estabelecido na lei civil é

⁴⁰ Afirmando que, na sua dimensão de direito de liberdade, o direito ao livre desenvolvimento de personalidade foi já reconhecido a pessoas jurídicas de direito privado para a tutela da sua liberdade de actuação económica, cf. PAULO MOTA PINTO, cit. *supra* n. 36, p. 221.

a que respeita aos directores dos estabelecimentos, quanto aos menores ou interditos que hajam sido previamente confiados à assistência pública, nos termos da respectiva legislação, e que se encontrem internados em estabelecimento da SCML, e apenas em caso de falta, inidoneidade ou indisponibilidade de pessoa em condições de exercer a respectiva tutela a título pessoal.

O artigo 4.º, n.º 3, alínea o), dos Estatutos da SCML deve ser interpretado como permitindo que, nos casos em que o regime da tutela a título profissional seja aplicável a estabelecimentos "integrados na SCML, o desempenho das funções de tutela não tenha de recair necessariamente sobre o director do estabelecimento em causa, conforme dispõe o artigo 1962.º do Código Civil, podendo ser exercida pela mesa da SCML, com faculdade de delegação e subdelegação nos termos previstos nos respectivos Estatutos.

Deve entender-se que é inconstitucional, por violação do artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição, em conjugação com o disposto nas normas dos artigos 18.º e 26.º, n.º 1, também da Constituição, a norma do artigo 4.º, n.º 3, alínea o), do Estatutos da SCML, contida em simples diploma legislativo do Governo, interpretada no sentido de atribuir um dever aos titulares dos órgãos da SCML de assegurarem a tutela dos menores e interditos apoiados, a qualquer título, por essa instituição, quando em relação aos mesmos não tenha ocorrido, prévia e simultaneamente, a falta, inidoneidade ou indisponibilidade de quem possa exercer as funções de tutor, e a respectiva confiança à assistência pública, através do internamento em estabelecimento integrado na SCML, com verificação dos pressupostos previstos na lei para o efeito.

Lisboa, Maio de 2010.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A Supressão do Interrogatório no Processo de Interdição: Novos e Diferentes Incapazes? A Complexidade da Simplificação¹

Publicado em *Revista do Ministério Público*, n.º 139, julho a setembro 2014, pp. 61-109.

Margarida Paz e Fernando Vieira

1. Introdução

O envelhecimento da população é um fenómeno mundialmente reconhecido, estimando-se que nos próximos 50 anos a população idosa a nível mundial venha a aumentar dos atuais 600 milhões para 2.000 milhões². Portugal não é uma exceção e, de acordo com os dados definitivos do último Censos de 2011, aparentemente a estrutura etária da população terá acentuado os desequilíbrios preexistentes. Registou-se um aumento da ordem dos 26% da população com mais de 69 anos de idade em comparação com um crescimento de 9% da população entre os 30 e os 69 anos³. É sobejamente conhecida a associação entre o envelhecimento e a maior prevalência de doenças degenerativas, que são uma frequente causa de incapacidade.

Por outro lado, “estudos epidemiológicos mais recentes demonstram que as perturbações psiquiátricas e os problemas de saúde mental se tornaram a principal causa de incapacidade e uma das principais causas de morbilidade, nas sociedades actuais. A carga de perturbações mentais tais como a depressão, dependência do álcool e esquizofrenia foi seriamente subestimada no passado, devido ao facto de as abordagens tradicionais apenas considerarem os índices de mortalidade, ignorando o número de anos vividos com incapacidade provocada pela doença. Das 10 principais causas de incapacidade, 5 são perturbações psiquiátricas”⁴.

¹ O presente texto foi publicado na Revista do Ministério Público, ano 139, julho-setembro 2014, pp. 61-109, contendo pequenas alterações decorrentes da inserção no presente *e-book*.

² Malcolm L. Johnson, *The Cambridge Handbook of Age and Ageing*, Cambridge University Press, 2005.

³ *Dados definitivos do Censos 2011*, Instituto Nacional de Estatística, 2012, disponível em: http://www.ine.pt/scripts/flex_definitivos/Main.html.

⁴ *Plano Nacional de Saúde Mental 2007-2016*, Coordenação Nacional para a Saúde Mental, disponível em: <http://adeb.pt/ficheiros/uploads/02a75f2c0346f49717d171c23b7f56a2.pdf> (data da consulta: 2014.04.21).

Acresce que no recente estudo “Portugal: Saúde Mental em números – 2013”⁵ são revelados alguns dados interessantes relativos à prevalência das doenças mentais. Assim:

- “«Os distúrbios mentais são responsáveis por mais de 12% da carga global de doença em todo o mundo, valor que sobe para 23% nos países desenvolvidos» (Xavier, M et al, 2013); «Cinco das 10 principais causas de incapacidade a longo prazo e de dependência psicossocial são doenças neuropsiquiátricas: depressão unipolar (11,8%), problemas ligados ao álcool (3,3%), esquizofrenia (2,8%), distúrbios bipolares (2,4%) e demência (1,6%)» (idem), sendo as perturbações depressivas a 3.ª causa de carga global de doença (1.ª nos países desenvolvidos), estando previsto que passem a ser a 1.ª a nível mundial em 2030, com agravamento provável das taxas de suicídio e parasuicídio;
- «Na Europa, os problemas de saúde mental respondem por cerca de 26,6% da carga total de problemas de saúde, sendo o suicídio uma das 10 principais causas de morte prematura» (idem);
- «Estimativas do Conselho Europeu do Cérebro indicam que 27,4% da população da UE com idade entre 18 e 65 anos sofre, em cada ano, de um qualquer tipo de problema de saúde mental, número que foi atualizado recentemente para 38,2% após a inclusão dos dados de uma ampla avaliação da infância e adolescência e do ingresso de novos membros na EU» (idem)”.

Uma das questões que consideramos importante e curiosa (ou, pelo menos, particularmente desconhecida por aqueles que não são técnicos de saúde) é o facto de ser abundante - para além dos distúrbios psiquiátricos diagnosticáveis – o número de pessoas que não cumpre critérios de diagnóstico, mas que tem claros ou evidentes problemas de saúde mental “subliminares”, geradores de sofrimento e que, assim, deve beneficiar de intervenção clínica.

A Recomendação n.º R(98)9, da Comissão dos Ministros dos Estados Membros relativa à Dependência, distingue incapacidade de dependência, sendo que aquela “é um estado em que se encontram as pessoas que, por razões relacionadas com a falta ou perda de autonomia física, psíquica ou intelectual, têm necessidade de uma assistência a fim de realizar os actos correntes da vida”⁶.

⁵ Programa Nacional para a Saúde Mental, Direção-Geral da Saúde, disponível em: <https://www.dgs.pt/estatisticas-de-saude/estatisticas-de-saude/publicacoes/portugal-saude-mental-em-numeros-2013.aspx> (data da consulta: 2014.04.21).

⁶ Recomendação n.º R(98)9 relativa à Dependência, Comissão dos Ministros dos Estados Membros (1998), disponível em: <https://wcd.coe.int/com>.

Transpondo estes dados para a realidade portuguesa, verifica-se que “os dados existentes sugerem que a prevalência dos problemas de saúde mental não se afastará muito da encontrada em países europeus com características semelhantes, ainda que os grupos mais vulneráveis (mulheres, pobres, idosos) pareçam apresentar um risco mais elevado do que no resto da Europa”⁷.

Em Portugal, estima-se que existam mais de 60 mil cidadãos em situação de incapacidade para gerir a sua pessoa e bens. Em mais de 80% destes casos não foi nomeado representante legal que assuma a gestão da sua vida e património⁸. Esta situação prejudica a qualidade de vida dos indivíduos e exige às famílias e aos prestadores de cuidados formais uma intervenção para a qual não estão preparados nem legalmente mandatados. Neste sentido, o Comité de Ministros do Conselho da Europa emitiu, em 23 de fevereiro de 1999, a Recomendação n.º R (99) 4, do Conselho da Europa relativa aos Princípios em Matéria de Proteção Legal dos Incapazes Adultos. As novas tendências referidas nesta Recomendação n.º R (99) 4 apontam essencialmente no seguinte sentido: máxima preservação da capacidade; maior proporcionalidade entre as medidas aplicadas e o grau de incapacidade; flexibilidade dos mecanismos processuais; e qualificação dos representantes legais.

A recente entrada em vigor do novo Código de Processo Civil⁹ (doravante, CPC), em 1 de setembro de 2013, introduziu profundas alterações no que tange ao processo civil.

Com efeito, o novo CPC pretendeu erigir, em homenagem à verdade material, o princípio da prevalência da substância sobre a forma e, por outro lado, criar mecanismos de simplificação e celeridade processuais.

Por este motivo, o ritual processual declarativo comum apresenta atualmente uma estrutura distinta da existente no CPC de 1961, sendo certo que, no âmbito da ação executiva, foram introduzidas alterações essencialmente reclamadas pelo segundo motivo acima apontado.

No âmbito da referida reforma do CPC não foi intenção clara do legislador proceder a uma alteração profunda dos processos especiais. Como se pode ler na exposição de motivos, “[o] acervo das alterações ora introduzidas permite classificar esta reforma como a mais

⁷ *Plano Nacional de Saúde Mental 2007-2016*.

⁸ *Guia para a Intervenção em Maiores em Situação de Incapacidade*, Ministério do Trabalho e da Solidariedade, Instituto para o Desenvolvimento Social, 1.ª ed., Lisboa, 2002, disponível em: <http://www.forma-te.com/mediateca/download-document/16641-guia-de-intervencao-com-pessoas-em-situacao-de-incapacidade.html>.

⁹ Aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho.

profunda realizada no processo civil português desde 1939, o que, só por si, justifica que estejamos perante um novo código de processo civil, com nova sistematização, sendo de referir a transferência das disposições relativas aos princípios gerais para os preceitos iniciais e a deslocação das disposições relativas à instrução do processo, bem como a eliminação de alguns processos especiais que, actualmente, já não se justificam. Tal opção tem, além do mais, a vantagem de pôr fim à autêntica “manta de retalhos” em que está transformado o diploma, pejado de preceitos revogados e preceitos aditados (muitos deles também já revogados)” (sublinhado nosso).

Como refere João Correia, Paulo Pimenta e Sérgio Castanheira¹⁰, em matéria dos processos especiais, “foram suprimidos diversos processos especiais”, sendo certo que “a discussão judicial das questões que eram reguladas nos demais processos especiais ora eliminados far-se-á através de acções tramitadas sob a forma de processo comum. Nesses casos, a eventual necessidade ou conveniência de adequar os trâmites ou adaptar a forma dos actos processuais fica assegurada pela previsão do art. 547º, isto é, por via da adequação formal”.

Porém, ocorreu uma importante modificação no âmbito do Processo especial de interdição e de inabilitação.

Na verdade, o artigo 896.º do CPC veio estabelecer que apenas é realizado interrogatório do requerido (interditando ou inabilitando) quando tenha havido contestação.

A aparente singeleza desta modificação legislativa suscita, no entanto, uma complexa teia de questões relacionadas com a realização do exame pericial, o fim do processo de interdição e inabilitação e, em última análise, com os direitos fundamentais dos interditandos e inabilitandos, revelando fundadas dúvidas sobre a sua adoção.

O presente texto pretende dar conta, em primeiro lugar, das implicações que tal alteração legislativa provocou ao nível das perícias médico-legais no âmbito do processo especial de interdição e de inabilitação. Em segundo lugar, pretende analisar a bondade de tal solução legislativa, inclusivamente à luz da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP).

¹⁰ *Introdução ao Estudo e à Aplicação do Código de Processo Civil de 2013*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 15.

2. Enquadramento legal

O processo de interdição e de inabilitação está inserido no Livro V do CPC, relativo aos Processos Especiais¹¹. Este processo especial corresponde ao Título III denominado “Das interdições e inabilitações”¹².

Percebe-se a razão pela qual o processo de interdição e de inabilitação é considerado um processo especial. De acordo com o regime substantivo, previsto e regulado nos artigos 138.º a 151.º e 152.º a 156.º, todos do Código Civil (doravante, CC), trata-se de suprimir ou reduzir, respetivamente, a capacidade de exercício¹³ de um determinado indivíduo.

Com efeito, dispõe o artigo 138.º, n.º 1, do CC: “Podem ser interditos do exercício dos seus direitos todos aqueles que por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira se mostrem incapazes de governar suas pessoas e bens”¹⁴. Por sua vez, o artigo 152.º do CC estabelece:

¹¹ Nos termos do artigo 546.º, n.º 1, do CPC, o processo pode ser comum ou especial. A primeira parte do n.º 2 do mesmo preceito legal determina que o processo especial se aplica aos casos expressamente designados na lei. Nas palavras de Alberto dos Reis, “[o]s processos destinam-se ou a fazer declarar em juízo os direitos substanciais, ou a dar realização efectiva a direitos já declarados. Compreende-se facilmente a necessidade ou a conveniência de que a *forma* do processo se ajuste à substância do direito que se pretende fazer reconhecer ou executar” (*Processos Especiais*, vol. I, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, p. 1). Como refere o mesmo autor, alguns direitos materiais, em função da sua natureza, conteúdo e estrutura peculiar, exigem formas e ritos especiais de processo, não sendo adequada, para estes processos, a forma de processo comum (*Processos Especiais*, p. 2).

¹² No CPC revogado este processo especial constituía o Capítulo I do Livro IV (Dos processos especiais). Com o novo CPC, o Título I é referente ao processo da Tutela da personalidade e o Título II ao processo da Justificação da ausência.

¹³ A presunção de que cada indivíduo tem capacidade jurídica constitui a regra geral. A exceção é, pois, a existência desta incapacidade, que, como tal, tem de estar expressamente prevista, como é o caso da menoridade [neste sentido, Donald Poirier, *Les personnes physiques et les incapacités*, Bruylant, Bruxelles, 1997 (também editado por Les Éditions Yvon Blais Inc., 1997), p. 96-97].

¹⁴ Importa sublinhar que, no âmbito do regime português da interdição, o interdito é equiparado ao menor, sendo-lhe aplicáveis, com as necessárias adaptações, as disposições que regulam a incapacidade por menoridade e fixam os meios de suprir as responsabilidades parentais (artigo 139.º do CC). Jorge Duarte Pinheiro, tecendo críticas a esta equiparação, chama, no entanto, a atenção para as suas “vantagens”, mormente a prevista no artigo 1878.º, n.º 2, do CC, adaptado e aplicado *ex vi* do artigo 1935.º, n.º 1, do CC, devendo ter-se em conta a opinião do interdito “em assuntos importantes e reconhecer-lhe autonomia na organização da própria vida (...). Ou seja, o recurso adaptado às normas que regulam a incapacidade por menoridade, que é imposto pelo artigo 139.º do Código Civil, implica que a tutela de maiores se exerça de modo a que seja dado espaço de realização à capacidade concreta do interdito” [“As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres: incapacidades e suprimento: a visão do jurista”, *O Direito*, Coimbra, a. 142, n.º 3 (2010), p. 479 (igualmente disponível em:

“Podem ser inabilitados os indivíduos cuja anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, embora de carácter permanente, não seja de tal modo grave que justifique a sua interdição, assim como aqueles que, pela sua habitual prodigalidade ou pelo abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, se mostrem incapazes de reger convenientemente o seu património”¹⁵.

As especificidades próprias da interdição e da inabilitação obrigam, pois, a que a respetiva tramitação processual¹⁶ seja necessariamente distinta do processo declarativo comum, regulado nos artigos 552.º a 702.º do CPC¹⁷⁻¹⁸.

Desde logo, na petição inicial existem diferenças significativas, que evidenciam o carácter especial deste processo. O artigo 891.º do CPC exige que neste articulado deve o autor, depois de deduzida a sua legitimidade, mencionar os factos reveladores dos fundamentos invocados e do grau de incapacidade do interditando ou inabilitando. Deve ainda

<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/600-886.pdf>; data da consulta: 2014.04.21]). Porém, ao contrário do que sucede com a menoridade, que opera automaticamente, a interdição pressupõe necessariamente um processo judicial, devendo ser decretada por sentença (Raúl Guichard Alves, “Alguns aspectos do instituto da interdição”, *Direito e Justiça*, Lisboa, v. 9, t. 2 (1995), p. 141-142).

¹⁵ Constituindo a interdição e a inabilitação uma restrição da liberdade individual, as causas previstas na lei devem considerar-se taxativas e insuscetíveis de aplicação analógica. Neste sentido, Raúl Guichard Alves, que refere um “*princípio da tipicidade ou taxatividade legal*” nesta matéria (“Alguns aspectos...”, p. 140-141). Em sentido contrário, António Menezes Cordeiro considera que a enumeração constante do artigo 138.º do CC é meramente exemplificativa, sendo apenas decisivo que os requeridos se mostrem incapazes de governar a sua pessoa e bens (*Tratado de Direito Civil Português*, I, Pessoas, tomo III, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 467).

¹⁶ Quanto à natureza do processo de interdição e inabilitação como processo de jurisdição contenciosa ou, pelo contrário, como processo de jurisdição voluntária, vide Emídio Santos, *Das Interdições e Inabilitações*, Quid Juris, Lisboa, 2011, p. 25-27, e Paula Távora Vítor, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 131-144. Na doutrina italiana, cfr. Giuseppe Ianniruberto, “Natura giuridica e parti del processo d’interdizione e d’inabilitazione”, *Rivista di diritto processuale*, Padova, s. 2, a. 43, n.º 4 (Ottobre-Dicembre 1989), p. 1022-1047.

¹⁷ Porém, importa reter o artigo 549.º do CPC, que dispõe, no n.º 1, que os processos especiais são regulados pelas disposições que lhes são próprias e pelas disposições gerais e comuns respetivas. Apenas em tudo o quanto não estiver prevenido numas e noutras, será observado o que se acha estabelecido para o processo comum.

¹⁸ Paolo Forchielli elenca as diferenças entre o processo declarativo comum, por um lado, e o processo de interdição e inabilitação, por outro [“Dell’infermità di mente dell’interdizione e dell’inabilitazione: Art. 414-432”, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca/a cura di Francesco Galgano, Nicola Zanichelli Editore, Bologna* (editado também por: Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma), 1988, p. 32-34]. Para este autor, não obstante alguma relevância do princípio do dispositivo no âmbito desta ação especial, prevalece sem dúvida o princípio do inquisitório por via da ordem pública que lhe subjaz.

indicar as pessoas que, segundo os critérios da lei, devam compor o conselho de família e exercer a tutela¹⁹ ou a curatela²⁰.

A legitimidade²¹ para propor ação de interdição ou de inabilitação encontra-se regulada no artigo 141.º, n.º 1, do CC²². Assim, a interdição pode ser requerida pelo cônjuge do

¹⁹ De acordo com o artigo 143.º, n.º 1, do CC, a tutela é deferida pela ordem seguinte:

- a) Ao cônjuge do interdito, salvo se estiver separado judicialmente de pessoas e bens ou separado de facto por culpa sua, ou se for por outra causa legalmente incapaz;
- b) À pessoa designada pelos pais ou pelo progenitor que exercer as *responsabilidades parentais*, em testamento ou documento autêntico ou autenticado;
- c) A qualquer dos progenitores do interdito que, de acordo com o interesse deste, o tribunal designar;
- d) Aos filhos maiores, preferindo o mais velho, salvo se o tribunal, ouvido o conselho de família, entender que algum dos outros dá maiores garantias de bom desempenho do cargo.

O n.º 2 da mesma disposição legal estipula que “quando não seja possível ou razões ponderosas desaconselhem o deferimento da tutela nos termos do número anterior, cabe ao tribunal designar o tutor, ouvido o conselho de família”.

Estipula o artigo 1962.º do CC, adaptado por via do artigo 139.º do CC, que quando não exista pessoa em condições de exercer a tutela, o *interdito* é confiado à assistência pública, nos termos da respetiva legislação, exercendo as funções de tutor o diretor do estabelecimento público ou particular onde tenha sido internado. Convocando esta disposição legal a “legislação” da assistência pública, importa referir que apenas quando existe norma habilitante é possível a designação como tutor do diretor da respetiva instituição, como sucede com a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa [artigos 4.º, n.º 3, al. o), e 12.º, n.º 1, al. c), ambos dos Estatutos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 235/2008, de 3 de dezembro; para maior desenvolvimento, cfr. Miguel Nogueira de Brito e Margarida Lima Rego, “A tutela institucional de interditos. O caso da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa”, in *O direito*, Coimbra, a. 142, n.º 4 (2010), p. 661-704].

²⁰ Nos termos do artigo 156.º do CC, “[e]m tudo quanto se não ache especialmente regulado nesta subsecção é aplicável à inabilitação, com as necessárias adaptações, o regime das interdições”. Assim, o critério de escolha do curador deve ser encontrado no artigo 143.º do CC uma vez que a Subsecção das Inabilitações não contém norma a este respeito.

²¹ Para uma análise detalhada das motivações que levam os familiares a requerer a interdição, *vide* Maria Bernardette de Moraes Medeiros, “A antonímia proteção/exclusão presente nos estatutos da interdição/curatela”, *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n.º 60 (Ago.2007-Abr.2008), p. 37-38.

²² Nas palavras de Raúl Guichard Alves, “[e]sta é, aliás, uma das matérias onde a imbricação entre o direito substancial e o direito adjectivo mais de faz sentir”, com a “inclusão na legislação civil de normas de natureza processual” (“Alguns aspectos...”, p. 137-138). Para além da legitimidade para propor a ação de interdição, também no CC se encontram as regras, de cariz processual, relativas à competência (artigo 140.º) e à publicidade da sentença (artigo 147.º).

interditando, pelo tutor ou curador deste, por qualquer parente sucessível ou pelo Ministério Público²³⁻²⁴.

A possibilidade de a ação de interdição e de inabilitação poder ser proposta pelo Ministério Público²⁵ evidencia o interesse público e social²⁶ deste tipo de ação, sendo

²³ O n.º 2 do artigo 141.º do CC refere-se às situações em que o interditando esteja sob o *poder paternal*. Neste caso, só têm legitimidade para requerer a interdição os progenitores que exercerem aquele poder e o Ministério Público (estas situações reportam-se à segunda parte do n.º 2 do artigo 138.º do CC). Para evitar que o incapaz maior fique numa eventual situação de desproteção, em face da aquisição da maioridade, prevê o legislador a possibilidade de a interdição ser requerida ainda durante a menoridade, naquilo que Raúl Guichard Alves designa de interdição *ad cautelam* (“Alguns aspectos...”, p. 144-145).

²⁴ Não tem, pois, legitimidade para propor ação de interdição ou de inabilitação o *próprio* requerido. Para maior desenvolvimento, nomeadamente na doutrina italiana, cfr. Paolo Forchielli, “Dell’infermità...”, p. 28-30. De igual forma, no direito espanhol não pode o requerido, por si próprio, instaurar o processo de interdição, mas poderá requerer ao *Ministerio Fiscal* que proponha a ação [Paloma García-Lubén Barthe, “El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas en el derecho español”, *Revista jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, Porto, n.º 7 (Set. 2001), p. 103]. Também em Portugal pode o Ministério Público instaurar ação de interdição com base em elementos que tenham chegado ao seu conhecimento por intermédio do próprio requerido. Deve, porém, assegurar-se, nomeadamente através da recolha de elementos de prova distintos dos fornecidos pelo requerido, que a propositura de tal ação é devidamente fundamentada, afigurando-se curial perceber a razão pela qual o próprio visado pretende a instauração da ação.

²⁵ Também no ordenamento jurídico italiano (artigo. 417.º do CC) é atribuída ao Ministério Público legitimidade para instaurar a ação de interdição e de inabilitação (Paolo Forchielli, “Dell’infermità...”, p. 25-26). No direito brasileiro é igualmente conferida legitimidade ao Ministério Público para instaurar a ação de interdição, nos termos dos artigos 1768.º do CC e 1177.º do CPC. Porém, a intervenção do Ministério Público está condicionada aos casos de doença mental grave, inexistência de familiares ou não instauração da ação por estes [Daniel Souza Campos Miziara, “Interdição judicial da pessoa com deficiência intelectual”, *Revista do Advogado*, São Paulo, a. 27, n.º 95 (Dez. 2007), p. 26]. Para maior desenvolvimento quanto ao papel desenvolvido pelo Ministério Público brasileiro na defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência, cfr. José Luiz Ragazi e Luiz Alberto David Araujo, “A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência”, *Revista do Advogado*, São Paulo, a. 27, n.º 95 (Dez. 2007), p. 49-50, e José Rogério Cruz e Tucci, “Tutela Jurisdicional das Pessoas Portadoras de Deficiência”, *Revista do Advogado*, São Paulo, a. 27, n.º 95 (Dez. 2007), p. 53. No direito espanhol, o Ministério Público tem legitimidade para instaurar a ação de interdição se o requerido não tiver familiares ou estes não propuserem tal ação (Paloma García-Lubén Barthe, “El proceso...”, p. 104).

²⁶ Cfr. Giuseppe Ianniruberto, “Natura giuridica...”, p. 1031 e Paloma García-Lubén Barthe, “El proceso...”, p. 82. Para maior desenvolvimento sobre a intervenção do Ministério Público na defesa do interesse público, vide Nelson Nery Júnior, “Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária”, *Justitia*, n.º 48 (135), jul./set. 1986, p. 39-68.

inclusivamente realçado por Jorge Duarte Pinheiro²⁷ o “papel proeminente” do Ministério Público²⁸⁻²⁹ no quadro da proteção da pessoa com deficiência.

Importa realçar que, não sendo o Ministério Público o requerente desta ação especial [ou seja, não tendo intervenção principal, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, al. c), do Estatuto do Ministério Público (doravante, EMP)], o mesmo tem intervenção acessória no processo, nos termos dos artigos 3.º, n.º 1, al. a), e 5.º, n.º 4, al. a), ambos do EMP. Tal significa que, ao abrigo do artigo 325.º do CPC³⁰, o Ministério Público tem intervenção obrigatória no processo³¹, que se consubstancia na notificação da pendência da causa, assim como na

²⁷ “As pessoas com deficiência...”, p. 471. Também Emídio Santos refere que a “atribuição de legitimidade ao Ministério Público justifica-se por ser do interesse público a adopção de medidas protectoras dos incapazes” (*Das Interdições...*, p. 43).

²⁸ Giuseppe Ianniruberto considera ínsito o interesse público na ação de interdição em virtude da legitimidade conferida ao Ministério Público para a respetiva propositura (“Natura giuridica...”, p. 1031-1032). Para Nelson Nery Júnior, o Ministério Público deve atuar “sempre na defesa dos interesses indisponíveis da sociedade” (“Intervenção do Ministério Público...”, p. 40).

²⁹ Em Portugal, a maioria das ações de interdição e de inabilitação são propostas pelo Ministério Público. Na verdade, no decurso do ano de 2013, das cerca de 162 ações intentadas na comarca de Lisboa, 114 foram instauradas pelo Ministério Público, enquanto as restantes 48 foram propostas pelos familiares do requerido. No Brasil, pelo contrário, a maior parte das ações de interdição (72,9%) é proposta pelos familiares, sendo as restantes (27,1%) instauradas pelo Ministério Público. Considerando a legitimidade subsidiária do Ministério Público na propositura destas ações, é, de certa forma, surpreendente o número de processos iniciados pelo Ministério Público, constituindo “um indicador bastante expressivo do abandono em que se encontra uma parcela significativa dos portadores de transtorno mental, uma vez que ele acusa que um significativo segmento dessa população não encontra, em sua rede familiar, o necessário suporte para o enfrentamento dos riscos sociais, precisando da proteção do Estado para o seu suprimento” (Maria Bernardette de Moraes Medeiros, “A antonímia...”, p. 38).

³⁰ Dispõe o artigo 325.º do CPC, relativo à intervenção acessória do Ministério Público:

- 1- Sempre que, nos termos da respetiva Lei Orgânica, o Ministério Público deva intervir acessoriamente na causa, é-lhe oficiosamente notificada a pendência da ação, logo que a instância se considere iniciada.
- 2- Compete ao Ministério Público, como interveniente acessório, zelar pelos interesses que lhe estão confiados, exercendo os poderes que a lei processual confere à parte acessória e promovendo o que tiver por conveniente à defesa dos interesses da parte assistida.
- 3- O Ministério Público é notificado para todos os atos e diligências, bem como de todas as decisões proferidas no processo, nos mesmos termos em que o devam ser as partes na causa, tendo legitimidade para recorrer quando o considere necessário à defesa do interesse público ou dos interesses da parte assistida.
- 4- Até à decisão final e sem prejuízo das preclusões previstas na lei de processo, pode o Ministério Público, oralmente ou por escrito, alegar o que se lhe oferecer em defesa dos interesses da pessoa ou entidade assistida.

³¹ O mesmo sucede no direito espanhol (Paloma García-Lubén Barthe, “El proceso...”, p. 105).

notificação de todos os atos e diligências, bem como de todas as decisões proferidas no processo, podendo exercer todos os poderes que a lei processual confere à parte acessória. No entanto, uma vez que o Ministério Público prossegue, simultaneamente, interesses da parte assistida e interesses públicos (ligados, designadamente, à defesa da legalidade), tem legitimidade para recorrer, quer em defesa do interesse público, quer no da parte assistida (o que, em regra, é vedado às partes acessórias).

Acresce que a *publicidade* da ação de interdição ou de inabilitação não encontra regime similar no processo declarativo comum e apenas se justifica atentos os interesses em jogo. Nos termos do artigo 892.º do CPC, o juiz determina a afixação de editais no tribunal e na sede da junta de freguesia da residência do requerido, com menção do nome deste e do objeto da ação, assim como é publicado, com as mesmas indicações, anúncio num dos jornais mais lidos na respetiva circunscrição judicial.

De igual modo, a *citação* opera-se de modo distinto do previsto na forma de processo comum. Não obstante a primeira parte do artigo 893.º do CPC determinar a aplicação à citação do disposto na parte geral³², vem, imediatamente a seguir, referir que a citação por via postal apenas se aplica à ação de inabilitação baseada em mera prodigalidade.

A regra geral é, assim, a citação pessoal (mediante contacto pessoal do funcionário judicial³³) do interditando (em todos os casos) e do inabilitando (exceto se a ação se basear em mera prodigalidade).

Atento o regime previsto no artigo 894.º do CPC, tem plena justificação a regra geral da citação pessoal do requerido, mediante contacto do funcionário judicial. Com efeito, a impossibilidade de receber a citação (que sucederá invariavelmente na maior parte das situações) apenas poderá ser atestada pessoalmente pelo funcionário judicial, sendo certo que só com esta comprovação poderá ser dado integral cumprimento ao disposto neste artigo 894.º.

O cuidado que rodeia a citação reforça a ideia de que este processo é especial, atentas as finalidades em causa.

³² Artigos 225.º a 245.º do CPC.

³³ Esta modalidade de citação pessoal encontra-se regulada nos artigos 225.º, n.ºs 1 e 2, al. c), 231.º, e 234.º, todos do CPC. No âmbito do processo de interdição e de inabilitação, o artigo 234.º (incapacidade de facto do citando) assume particular importância, uma vez que “se a citação não puder realizar-se por estar o citando impossibilitado de a receber, em consequência de notória anomalia psíquica ou de outra incapacidade de facto, (...) o funcionário judicial dará conta da ocorrência”. Neste caso, a certidão negativa deve conter os factos concretos de tal impossibilidade, consignando-se que o citando não sabia o seu próprio nome, por exemplo. A impossibilidade de citação constitui, pois, o primeiro sinal fornecido ao juiz no sentido da existência, ou não, de anomalia psíquica do requerido.

Se a citação não puder efetuar-se, em virtude de o requerido³⁴ se encontrar impossibilitado de a receber, devido à sua anomalia psíquica, o n.º 1 do artigo 894.º do CPC estabelece a necessidade de o juiz designar, como curador provisório, a pessoa a quem provavelmente competirá a tutela ou a curatela, que não seja o requerente, a qual é citada para contestar em representação do requerido. É igualmente designado curador provisório se o requerido, apesar de regularmente citado, não tiver constituído mandatário no prazo de contestação.

Após a citação do curador provisório, duas situações podem ocorrer:

³⁴ No âmbito do CPC revogado, antes da reforma operada pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro, o requerido era designado por “arguido”. No que tange ao processo de interdição/inabilitação, tem interesse transcrever o Relatório do referido diploma legal para se perceber as principais modificações operadas na Reforma do CPC de 1995/1996: “Mantém-se como processo especial o de interdição e inabilitação, eliminando, todavia, os subprocessos tendentes a alcançar uma ou outra de tais finalidades e procedendo a uma reformulação substancial da sua tramitação, pondo termo a injustificados arcaísmos. O principal desvio a registar relativamente à tramitação do processo comum consiste na apreciação liminar pelo juiz dos articulados, em ordem a determinar a afixação de editais, atenta a particular delicadeza das situações que estão na base destes processos e os danos que podem decorrer da liminar publicidade da acção. O mesmo tipo de consideração justifica o afastamento do regime geral da citação postal, salvo no caso de prodigalidade. Outra inovação a assinalar consiste na eliminação da intervenção do conselho de família, quer no decretamento quer no levantamento da providência. Ponderou-se, por um lado, a normal passividade dos vogais do conselho de família (por vezes obrigados a deslocações por residirem fora da área da comarca) cuja intervenção se limita ao mero cumprimento de uma formalidade legal, e, por outro, o eventual conflito de interesses que possa existir, designadamente quando os vogais sejam virtuais herdeiros do requerido. A dispensa de intervenção do conselho de família é compensada com o reforço dos poderes de indagação oficiosa do juiz, que poderá efectuar as diligências que entender necessárias, para além daquelas que são tipificadas na lei: interrogatório do arguido e exame pericial. Aperfeiçoou-se e adequou-se aos princípios gerais o regime de representação do requerido, que deixa de estar cometida ao Ministério Público, ou a defensor nomeado quando aquele seja o requerente, ou a advogado constituído, para passar a caber a um curador provisório nomeado pelo juiz. Com a finalidade clara de potenciar uma melhor defesa dos interesses do requerido, a nomeação deverá recair sobre a pessoa a quem caberá a tutela ou curatela. Se, findos o interrogatório e exame, a acção tiver sido contestada, ou o processo, em qualquer caso, não oferecer elementos suficientes, a acção terá seguimento, como ordinária. De assinalar, como inovação de particular relevo, a consideração na decisão de todos os factos provados, ainda que não alegados pelas partes. Refira-se ainda, como corolário dos propósitos de simplificação, a possibilidade não só de a interdição ser substituída por inabilitação (solução já consagrada), como a de, nos casos de anomalia psíquica, a inabilitação decretada poder vir a dar lugar a uma interdição”.

Se o mesmo apresentar contestação, seguem-se os demais articulados admitidos em processo comum, de acordo com o disposto no artigo 895.º do CPC³⁵.

Se o curador provisório não contestar a ação, e caso o Ministério Público seja o requerente da mesma, deve ser nomeado defensor oficioso ao requerido, para ser citado em sua representação (artigos 894.º, n.º 1, segunda parte, e 21.º, n.º 2, ambos do CPC).

Se o Ministério Público não for o autor da ação, deverá ser citado em representação do requerido, ao abrigo das disposições conjugadas dos artigos 894.º, n.º 1, segunda parte, e 21.º, n.º 1, ambos do CPC³⁶.

Neste caso, na eventualidade de o requerido (ou o respetivo curador provisório) constituir entretanto mandatário judicial, cessa a intervenção principal do Ministério Público, passando a ter intervenção acessória, nos termos acima referidos³⁷ (artigos 21.º, n.º 3, e 894.º, n.º 2, ambos do CPC).

Relegando para momento posterior o problema do interrogatório do requerido e, por via dele, o do exame pericial, as questões em análise no presente estudo, debruçemo-nos agora sobre os termos posteriores ao interrogatório e exame, mais concretamente sobre a prolação da sentença.

A este respeito, importa referir que a sentença deverá ser elaborada com observância das regras gerais, nomeadamente as previstas no artigo 607.º do CPC.

Porém, o artigo 901.º do CPC contém especificidades próprias que devem ser observadas na sentença que decreta a interdição ou a inabilitação.

Assim, de acordo com o n.º 1 do referido preceito legal, a sentença que decretar, definitiva ou provisoriamente, a interdição ou a inabilitação, consoante o grau de incapacidade do requerido e independentemente de se ter pedido uma ou outra, deve, por um lado, fixar, sempre que seja possível, a data do começo da incapacidade. Deve ainda confirmar ou designar o tutor e o protutor ou o curador e, se for necessário, o subcurador, convocando o conselho de família, quando deva ser ouvido.

³⁵ Esta disposição legal corresponde ao artigo 948.º do CPC revogado, que previa: “À contestação, quando a haja, seguem-se os demais articulados do processo comum ordinário”. No CPC de 1961 era admissível a réplica para responder a eventuais exceções deduzidas na contestação. Com a restrição das finalidades da réplica operadas com o novo CPC (apenas admissível para defesa de reconvenção), apenas é admissível um eventual articulado superveniente (artigos 588.º e 589.º do CPC).

³⁶ Cfr. Emídio Santos, *Das Interdições...*, p. 64-65, quanto às pessoas que podem representar o requerido no âmbito da ação de interdição ou de inabilitação.

³⁷ Emídio Santos, *Das Interdições...*, p. 50.

Por sua vez, o n.º 2 do artigo 901.º contém uma regra aplicável aos casos de inabilitação, pois nesta situação a sentença deve especificar os atos que devem ser autorizados ou praticados pelo curador.

Particularmente importante é a regra constante no n.º 4 deste artigo 901.º, que determina que na decisão da matéria de facto deve o juiz *oficiosamente* tomar em consideração todos os factos provados, mesmo que não alegados pelas partes.

Com efeito, na fundamentação de facto da decisão constam necessariamente todos os factos relevantes para a decisão, nomeadamente os mencionados no relatório pericial, ainda que não tenham sido alegados na petição inicial ou na contestação³⁸.

Mais do que um desvio às regras contidas no já aludido artigo 607.º do CPC, esta disposição legal consagra um importante afastamento ao princípio do ónus de alegação das partes, previsto no n.º 1 do artigo 5.º do CPC e que constitui um dos princípios estruturantes do processo civil.

Qual foi, pois, a razão que levou o legislador a desviar-se, neste processo especial, do referido princípio processual civil basilar e a dar prevalência ao princípio do inquisitório³⁹?

Tal como é referido no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de junho de 2009⁴⁰, “[c]onsistindo a interdição na privação da capacidade de autodeterminação individual, impõem-se ao tribunal uma especial responsabilidade na análise das situações que são postas a justificar uma expressa excepção legal aos princípios do pedido e do dispositivo: o juiz deve ter em conta todos os factos provados, ainda que não alegados, e decretará a medida – interdição ou inabilitação – mais adequada independentemente da que tenha sido pedida (artº 954.º, nºs 1 e 4 do CPC). Impõe-se, pois, ao tribunal uma actividade instrutória tendente a precisa e completa caracterização do estado do interditando que permita a formulação, com a necessária segurança e em diversas instâncias, dos juízos necessários à formulação da conclusão de estarem verificados os requisitos legais para decretar a incapacidade do requerido e decidir da medida mais adequada”.

³⁸ Emídio Santos, *Das Interdições...*, p. 88.

³⁹ Para Paloma García-Lubén Barthe, a prevalência do princípio do inquisitório no processo de interdição justifica-se devido ao *interesse público* em que assenta esta ação especial. Com uma estrutura muito semelhante ao processo penal, são os princípios da oficialidade e da investigação do tribunal, mais do que o princípio do dispositivo, que enformam esta ação especial (“El proceso...”, p. 81). Na ótica deste autor, existe uma incompatibilidade intrínseca entre o processo de interdição e os princípios informadores do processo civil (“El proceso...”, p. 82).

⁴⁰ Processo n.º 825/07.6TBSCR.L1-1; Relator: Senhor Desembargador Rijo Ferreira; disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/37d6baffca836779802575f5005cc953?O=penDocument>; data da consulta: 2014.04.23.

Em síntese, tal como consta no sumário da responsabilidade do Senhor Relator, “na acção de interdição impõem-se ao tribunal uma especial responsabilidade no sentido de apurar circunstancialismo que caracterize, com precisão e clareza, o estado do interditando e que permita concluir, com a necessária segurança, pela sua incapacidade”.

Ora, concordando inteiramente com o mencionado acórdão, percebe-se facilmente a razão pela qual o legislador, no processo de interdição e de inabilitação, se desviou da regra geral do ónus de alegação das partes. A finalidade desta ação especial, mormente a supressão (com a interdição) ou a limitação (com a inabilitação) da capacidade de exercício de uma determinada pessoa, não pode ficar dependente da alegação, ou não, de determinados factos nos articulados, justificando-se (aliás, impondo-se) a restrição daquele ónus de alegação. Neste ponto, o juiz deve ter inteira liberdade para adquirir todos os factos pertinentes que resultem da instrução da causa⁴¹, com especial enfoque no exame pericial⁴².

Este é o motivo que possibilita o juiz decretar⁴³ a interdição ou a inabilitação do requerido⁴⁴, consoante o seu grau de incapacidade⁴⁵, *independentemente de ter sido pedida uma ou outra*⁴⁶, naquilo que constitui um desvio significativo dos limites da condenação previsto no artigo 609.º, n.º 1, do CPC⁴⁷.

⁴¹ Cfr. Paloma García-Lubén Barthe (“El proceso...”, p. 83), realçando a possibilidade da entrada de factos no processo em qualquer momento. Neste particular, o juiz pode e deve realizar todas as indagações que considere oportunas para determinar se concorrem as circunstâncias legalmente estabelecidas para declarar a incapacidade (*iudex investigator*).

⁴² António Alfredo Mendes, “A interdição como instrumento de protecção ao incapaz”, *Jurismat – Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes*, Portimão, n.º 1 (2012), p. 216.

⁴³ Na eventualidade de não ser decretada a interdição nem a inabilitação do requerido, deve ser ordenado que seja dado conhecimento do facto por editais afixados nos mesmos locais e por anúncios publicados no mesmo jornal em que tenha sido dada publicidade à instauração da ação [artigo 903.º, n.º 1, alínea b), do CPC].

⁴⁴ Raúl Guichard Alves, invocado o *princípio do meio menos oneroso*, refere que o juiz “apenas deve optar pela medida da interdição quando a inabilitação não se mostre um meio suficiente e adequado para tutelar o incapaz” (“Alguns aspectos...”, p. 142-143).

⁴⁵ A incapacidade que o juiz deve levar em conta não se situa apenas no plano estritamente patrimonial, devendo ainda incluir a “vertente pessoal”, pois a interdição destina-se a “tutelar a pessoa, quer sob o ponto de vista económico-patrimonial, quer no aspecto físico-moral” (Raúl Guichard Alves, “Alguns aspectos...”, p. 153).

⁴⁶ No ordenamento jurídico italiano (artigo 418.º do CC), o juiz pode optar em decretar a interdição, quando tenha sido requerida a inabilitação; se, pelo contrário, tiver sido requerida a inabilitação e do processo resultarem elementos no sentido de ser decretada a interdição, deve o Ministério Público efetuar o pedido em conformidade, prossequindo a ação com a produção de prova necessária à prolação da decisão de interdição (Paolo Forchielli, “Dell’infermità...”, p. 30-32). Tal justifica-se, segundo o mesmo autor, pelo

Pela mesma razão, é possível, após o trânsito em julgado da sentença que decreta a interdição ou a inabilitação, alterar esta decisão, sem necessidade de alegação dos fundamentos do recurso extraordinário de revisão.

Esta alteração da sentença pode ser no sentido do levantamento total da interdição ou da inabilitação⁴⁸, o que implica, naturalmente, o renascimento da plena capacidade civil do requerido, de acordo com os artigos 151.º, 156.º do CC e 905.º, n.º 1, do CPC.

Tal modificação pode implicar, igualmente, a substituição da interdição pela inabilitação, ou desta por aquela (artigo 905.º, n.º 3, do CPC)⁴⁹.

A referida alteração da sentença no âmbito do processo de interdição ou de inabilitação, que constitui um importante desvio ao princípio da imutabilidade de decisão transitada em julgado consagrado no artigo 619.º, n.º 1, do CPC, apenas pode ser entendida à luz dos significativos interesses e finalidades desta ação especial.

Por último, importa realçar a importância da fixação da *data do início da incapacidade* do requerido. Com efeito, após o trânsito em julgado da sentença que decreta a interdição ou a inabilitação, o tutor ou curador, respetivamente, pode requerer a anulação dos atos praticados pelo interdito ou inabilitado após a publicitação da ação, nos termos do artigo 903.º, n.º 2, do CPC.

3. A intervenção do Perito Médico (aspetos clínicos da avaliação pericial psiquiátrica)

O relatório pericial que é realizado na ação especial de interdição e de inabilitação obedece às regras gerais constantes nos artigos 484.º e 485.º do CPC. Existem, porém, particularidades que interessa realçar, como é o caso de poderem ser, desde logo, ditadas para

interesse superior do Estado em tutelar a capacidade de agir dos cidadãos, enquanto expressão concreta da livre iniciativa consagrada constitucionalmente (“Dell’infermità...”, p. 31).

⁴⁷ “O facto de se haver requerido a interdição, nada obsta a que o tribunal, em face do grau de incapacidade revelado, decrete a inabilitação” (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de janeiro de 2013; Processo n.º 2382/09.0TBFIG.C1.S1; Relator: Senhor Conselheiro Gregório Silva Jesus; disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cbd1a7f4f0f3119b80257afe003ba515?OpenDocument>; data da consulta: 2014.06.17).

⁴⁸ Têm legitimidade para requerer o levantamento da interdição as pessoas indicadas no n.º 1 do artigo 141.º do CC, assim como o próprio interdito (artigo 151.º do CC).

⁴⁹ Neste particular, existe uma importante restrição resultante do artigo 155.º do CC, relativa à inabilitação decretada com fundamento em prodigalidade ou abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes. Neste caso, o levantamento não pode ocorrer antes de decorridos cinco anos sobre o trânsito em julgado da sentença que a decretou ou de decisão que haja desatendido um pedido anterior.

a ata as conclusões, tal como previsto no artigo 898.º, n.º 3, do CPC⁵⁰, se no momento da observação sumária for possível formar um juízo clínico seguro e, naturalmente, após a entrada em vigor do novo CPC, apenas se houver lugar ao interrogatório realizado pelo juiz, o que acontece em caso de contestação ou, em última *ratio*, sempre que o magistrado assim o entender, uma vez que a lei não proíbe – nem nunca o poderia expressamente proibir – já que em rigor o exame pericial não é uma diligência médica, mas sim judicial, e portanto sempre poderá⁵¹ ser presidida pelo juiz.

Na base do processo de interdição ou inabilitação está a verificação da existência cumulativa de dois pressupostos: (1) anomalia psíquica e (2) impossibilidade de o sujeito prover aos seus interesses decorrente de deficiente processamento de informação (cognitiva), o qual está implícito à anomalia psíquica diagnosticada. A anomalia psíquica é um termo jurídico lato que não tem de corresponder a uma tradução exata de conceitos clínicos⁵². Constitui o fundamento natural da incapacitação, não podendo a idade, excentricidade, pobreza ou diagnóstico médico, por si só, justificá-la⁵³. No fundo, o que é fundamentalmente analisado é a capacidade cognitiva e intelectual para estabelecer aquilo que é designado genericamente por relações jurídicas (nomeadamente celebrar negócios).

No decurso da avaliação deve haver um especial interesse na descrição das atividades diárias do examinando, mencionando de forma exaustiva a determinação da capacidade para cada atividade específica⁵⁴⁻⁵⁵. Este tipo de avaliação corresponde ao designado *modelo funcional*. Esta avaliação é extremamente importante, já que a variabilidade do nível de capacidade para um mesmo diagnóstico é enorme. Por outro lado, é conveniente notar que o

⁵⁰ Corresponde ao artigo 951.º, n.º 1, do CPC revogado.

⁵¹ Na nossa perspetiva, este é um *poder-dever* do juiz.

⁵² Na verdade, é um termo que os juristas tratam como sendo estritamente médico e que os médicos, pelo contrário, tendem a concetualizar como estritamente jurídico. Certo é tratar-se de um conceito generalizado em todo o ordenamento jurídico português, que tem por denominador comum uma perturbação do funcionamento psíquico que requer seguimento especializado e tem a virtualidade de ser suficientemente abrangente e flexível, capaz de abarcar um considerável leque de psicopatologia (António João Latas e Fernando Vieira, *Notas e Comentários à Lei de Saúde Mental*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004).

⁵³ *Guardianship, An Agend for Reform*, American Bar Association, Commission on the Mentally Disabled, Commission on the Legal Problems of the Elderly, 1989, p. 15, disponível em: <http://www.guardianshipsummit.org>.

⁵⁴ P. Tor, *Finding Incompetency in Guardianship. Standardizing the Process*, Arizona Law Review, vol. 35, n.º 3, 1993.

⁵⁵ *Assessment of Older Adults with Diminished Capacity: A Handbook for Lawyers*, American Bar Association and American Psychological Association, 2005, disponível em: <http://www.apa.org/pi/aging/resources/guides/diminished-capacity.pdf>.

nível de incapacidade atribuído deve ser proporcional ao tipo de exigência do quotidiano. No fim, cabe ao juiz, de acordo com as informações recolhidas, fazer uma determinação jurídica da incapacidade, não esquecendo que vigora o princípio da livre apreciação da prova, podendo, se assim for entendido, ser a perícia desconsiderada com fundamento em outras provas, nomeadamente a testemunhal (artigo 489.º do CPC).

É importante ainda clarificar que nenhum diagnóstico, por mais grave que seja, faz prova imediata de incapacidade civil total. Ou seja, não basta que no relatório se mencione Demência ou Esquizofrenia, para ficar evidente a presença dos pressupostos médico-legais de interdição. A título de exemplo e para melhor compreensão, a penúltima versão da Classificação Norte Americana das Perturbações Mentais (DSM-IV-TR) pretende ser clara na sua advertência quanto à utilização desta classificação diagnóstica em questões forenses: “o diagnóstico clínico de uma perturbação mental no DSM-IV não é suficiente para estabelecer a existência para fins legais de uma perturbação mental, de uma incapacidade mental, de uma doença mental ou de um defeito mental”⁵⁶.

A avaliação a transpor para o relatório pericial é primordialmente clínica, ainda que possam ser úteis, e até necessários, exames complementares de diagnóstico. Referimo-nos, em particular, ao recurso a: (1) exames imagiológicos (TC e/ou RM-crânio-encefálica), em caso de síndromes demenciais, não esquecendo que a estrutura não traduz necessariamente a funcionalidade⁵⁷; (2) análises clínicas (hemograma, função renal, hepática, vírus trópicos do SNC, vitamina B12, ácido fólico, etc., nas situações de alcoolismo ou de toxicod dependência em que seja requerida a inabilitação); e (3) instrumentos psicométricos (“vulgo” testes psicológicos que discriminem e quantifiquem eventuais defeitos cognitivos).

No caso de haver referência a seguimentos clínicos e/ou psiquiátricos pregressos, deverá ser elaborada uma breve história médica onde constem, por exemplo, tratamentos anteriores. Pode ser ainda particularmente relevante, para o processo em análise, a informação prestada por familiares, que devem ser registados no relatório.

Os quadros que frequentemente estão na origem das interdições são: Perturbações Mentais Orgânicas, como por exemplo Estados pós-A.V.C. (Acidentes Vasculares Cerebrais) e Demências Degenerativas ou Vasculares, Atrasos de Desenvolvimento (por exemplo, em consequência de Paralisia Cerebral ou Autismo). Por outro lado, nas inabilitações é frequente

⁵⁶ *DSM-IV-TR - Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais*, American Psychiatric Association, 4.ª ed., Climepsi Editores PC, 2002.

⁵⁷ De facto, são frequentemente encontrados exames imagiológicos (TAC's e RMM's crânio-encefálicas) com extensas atrofias, mas em que o funcionamento da pessoa se mantém pouco alterado, e vice-versa, isto é, graves disfunções sem reflexos nas ditos exames imagiológicos.

encontrar os mesmos quadros, ainda que de intensidade sintomática menor, mas também Esquizofrenia, Perturbação Esquizotípica e Delirante e Perturbações Mentais e Comportamentais devido ao consumo de substâncias psicotrópicas⁵⁸.

As conclusões do relatório pericial na ação especial de interdição e de inabilitação devem focar aquilo que legalmente está presente e definido no artigo 898.º, n.º 1, do CPC⁵⁹. O perito deve precisar a espécie de afetação mental de que sofre o requerido (ou seja, o diagnóstico), a extensão da incapacidade (de forma descritiva ou quantitativa, por exemplo com o QI), a data provável de início (ainda que aproximadamente e com as limitações decorrentes da progressão paulatina de alguns quadros) e os meios de tratamento propostos. Por último, conclui-se acerca da presença ou ausência de pressupostos médico-legais para a interdição ou a inabilitação, indicando, se for o caso, da utilidade de o tribunal ouvir de novo o requerido, para melhor apurar da sua vontade relativamente à pessoa a ser indicada como tutora ou curadora⁶⁰.

Cabe ao tribunal averiguar qual o tipo de instituto a decretar, sendo que a tendência é o recurso ao instituto que respeite o máximo de autonomia da pessoa com capacidade diminuída⁶¹. Aliás, no direito constitucional vigora o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais (*in dubio pro libertate*), pelo qual, em caso de dúvida, deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia dos direitos fundamentais⁶².

4. O interrogatório do requerido

Estando, pois, em causa a existência de anomalia psíquica do requerido e a incapacidade de, por via dela, reger a sua pessoa e bens, o exame pericial torna-se crucial e fundamental neste processo.

Assim, o artigo 896.º do CPC exige naturalmente a sua realização.

Por ser esta disposição legal em particular o objeto do nosso estudo, detenhamo-nos na sua análise.

⁵⁸ F. Myron *et al*, *Clinical Manual of Alzheimer Disease and Other Dementias*, American Psychiatric Association, 2012, p. 106.

⁵⁹ Corresponde ao artigo 951.º, n.º 3, do CPC revogado.

⁶⁰ De acordo com o Princípio 9, n.º 2, da Recomendação n.º R (99) 4, do Conselho da Europa relativa aos Princípios em Matéria de Proteção Legal dos Incapazes Adultos.

⁶¹ Em consonância com os Princípios 2 e 3 da Recomendação n.º R (99) 4, do Conselho da Europa relativa aos Princípios em Matéria de Proteção Legal dos Incapazes Adultos.

⁶² Neste sentido, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, reimpressão/7.ª ed. 2003, Almedina, Coimbra, 2014, p. 1224.

O correspondente artigo 949.º do CPC revogado tinha a seguinte redação: “Quando se trate de acção de interdição, ou de inabilitação não fundada em mera prodigalidade, haja ou não contestação, proceder-se-á, findos os articulados, ao interrogatório do requerido e à realização do exame pericial” (sublinhado nosso).

A redação do correspondente artigo 896.º é a seguinte: “Quando se trate de acção de interdição, ou de inabilitação não fundada em mera prodigalidade, procede-se, findos os articulados, à realização do exame pericial ao requerido e, tendo havido contestação, ao seu interrogatório” (sublinhado nosso).

Confrontando os dois preceitos legais, depreende-se que, à luz do atual CPC, aparentemente apenas deverá ter lugar o interrogatório do requerido caso tenha havido contestação.

No âmbito do CPC revogado, o interrogatório do interditando ou do inabilitando constituía uma diligência *obrigatória*⁶³, independentemente de ter havido, ou não, contestação. A sua finalidade consistia em “fornecer ao juiz, através de um contacto directo e pessoal, elementos sobre a capacidade do requerido”⁶⁴.

Importa salientar que não era apenas o CPC revogado que previa esta solução. Com efeito, no longínquo CPC de 1876 também se encontrava consagrada a obrigatoriedade do interrogatório, no seu artigo 419.º, § 3.º.

Refere Manuel Dias da Silva⁶⁵, a propósito da importância e requisitos do interrogatório e exame: “(...) o interrogatorio tem de ser feito pelo juiz, embora os peritos possam e devam fazer também perguntas para melhor formarem sua convicção acerca do estado mental do arguido. Como do interrogatorio deriva sem dúvida um dos principais elementos de prova para a procedencia ou improcedencia da acção e um bom subsidio para os peritos iniciarem as suas investigações e observações, devem os juizes proceder com cuidado no desempenho desta missão e fazer inserir no auto respectivo com precisão e clareza as perguntas e as respostas, e mencionar até a attitude, gestos, olhares, risos do interrogado, etc., pois tudo são

⁶³ Emídio Santos, *Das Interdições...*, p. 67.

⁶⁴ Emídio Santos, *Das Interdições...*, p. 67.

⁶⁵ *Processos civis especiaes*, 2.ª ed., Coimbra, 1919, p. 166-167. No âmbito deste CPC de 1876, escreveu Antonio Maria de Carvalho d’Almeida Serra, criticando uma decisão de segunda instância que revogou sentença que não decretou a interdição de uma mulher contra o parecer dos peritos médicos: “Aqui, torna-se o juiz uma chancellia dos peritos, o que não pode ser, nem a lei quer tal, aliaz teria decretado que nas acções de interdicção por demencia, sempre que os peritos se pronunciassem pela affirmativa ou negativa, fossem postas de parte as demais provas, e o juiz se conformaria com o parecer” [“Interdicção por demencia”, *O Mundo Legal e Judiciário*, Lisboa, a. 20, n.º 17 (Jun. 1906), p. 259].

elementos importantes para a verdadeira apreciação do seu estado mental. E tanto mais indispensável é isto que, tendo de subir as sentenças à segunda instância, necessário é habilitá-la a poder apreciar este elemento de prova⁶⁶.

Mais recentemente, e já no âmbito do CPC de 1961, Alberto dos Reis⁶⁷ realçava a importância da realização de interrogatório e exame pericial: “Estas três diligências [Parecer do conselho de família; Interrogatório do arguido pelo juiz; Exame do arguido por dois peritos-médicos] têm o mesmo fim: apurar se há ou não fundamento para decretar a interdição, isto é, se o arguido está realmente afectado de insanidade psíquica e, em consequência disso, se mostra incapaz de reger a sua pessoa e administrar os seus bens. (...) Designamos esta fase por fase inquisitória, porque durante ela o arguido ou quem o defende não está na plenitude do direito de contradicção. (...) O que domina nesta fase é a actividade oficiosa do tribunal”.

Por outro lado, em diversos ordenamentos jurídicos europeus é atualmente obrigatório o interrogatório do requerido no âmbito dos correspondentes processos relativos à incapacidade das pessoas adultas.

Assim, o artigo 759.º, n.º 1, do CPC espanhol⁶⁸, relativo à prova e à audiência no âmbito dos *procesos de incapacitación*, estabelece que o tribunal deve examinar o requerido⁶⁹. No direito espanhol, o exame do interdicendo constitui uma diligência que se situa entre o reconhecimento judicial e o interrogatório. Para além deste ‘exame’, é obrigatório um relatório médico, de natureza pericial⁷⁰.

⁶⁶ Este autor refere ainda a circular n.º 991, de 10 de agosto de 1900, da “Procuradoria Regia junto da Relação do Porto”, dirigida aos “delegados do respectivo districto”, como sendo um bom exemplo do elenco de questões que devem ser colocadas aos interditandos.

⁶⁷ *Processos Especiais*, p. 123.

⁶⁸ A redação do artigo 759.º, n.º 1, do CPC espanhol é a seguinte: “En los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el tribunal oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal” (sublinhado nosso).

⁶⁹ Em obediência ao *princípio da imediação*, deve o juiz ‘examinar’ o requerido, para além de assistir a toda a produção de prova, de onde se destaca a inquirição dos familiares do interdicendo (Paloma García-Lubén Barthe, “El proceso...”, p. 86).

⁷⁰ Paloma García-Lubén Barthe, “El proceso...”, p. 107.

De igual forma, o CPC francês, no capítulo relativo ao regime de proteção de maiores, fixa a regra da audição obrigatória por parte do juiz, no âmbito dos processos de tutela⁷¹ e de curatela (artigo 1262.º)⁷².

Por sua vez, o CPC italiano, no artigo 714.º, inserido no capítulo das interdições e inabilitações, dispõe que o juiz, com a intervenção do Ministério Público, procede ao exame do interditando ou inabilitando, interrogando-o sobre as circunstâncias relevantes para a decisão⁷³.

O artigo 419.º do CC italiano consagra expressamente a inadmissibilidade de ser decretada a interdição ou a inabilitação sem que haja sido realizado o exame ao requerido, podendo o juiz fazer-se assistir por um perito médico⁷⁴.

O CC italiano atual apenas refere “exame”, nada mencionando quanto ao interrogatório. Na verdade, o artigo 327.º do CC italiano revogado consagrava expressamente o interrogatório, tendo esta expressão sido retirada do atual CC. No entanto, a justificação para esta “supressão” prende-se com o facto de, nos trabalhos preparatórios, ter-se concluído que a expressão “interrogatório” devia ser substituída pela palavra “exame”, uma vez que esta define de forma mais adequada o conteúdo do ato, que se traduz no contacto direto entre o juiz e a pessoa a interditar.

⁷¹ O artigo 1246.º do CPC francês tem a seguinte redação: “Le juge des tutelles entend la personne à protéger et lui donne connaissance de la procédure engagée. L'audition peut avoir lieu au siège du tribunal, au lieu de l'habitation, dans l'établissement de traitement ou en tout autre lieu approprié. Le juge peut, s'il l'estime opportun, procéder à cette audition en présence du médecin traitant et, éventuellement, d'autres personnes. Le procureur de la République et le conseil de la personne à protéger sont informés de la date et du lieu de l'audition; ils peuvent y assister. Il est dressé procès-verbal de l'audition” (sublinhado nosso).

⁷² O CC francês de 1804 foi o primeiro instrumento legal europeu a consagrar o instituto da interdição, aí prevendo que o decretamento da incapacidade, com a consequente privação da liberdade do interditando, só ocorreria com julgamento que incluísse necessariamente o interrogatório do suposto incapaz (Maria Bernardette de Moraes Medeiros, “A antonímia...”, p. 27).

⁷³ O artigo 714.º do CPC italiano tem a seguinte redação: “All'udienza, il giudice istruttore, con l'intervento del pubblico ministero, procede all'esame dell'interdicendo o dell'inabilitando, sente il parere delle altre persone citate, interrogandole sulle circostanze che ritiene rilevanti ai fini della decisione e puo' disporre anche d'ufficio l'assunzione di ulteriori informazioni, esercitando tutti i poteri istruttori previsti nell'articolo 419 del codice civile”.

⁷⁴ O artigo 419.º do CC italiano tem a seguinte redação: “Non si può pronunciare l'interdizione o l'inabilitazione senza che si sia proceduto all'esame dell'interdicendo o dell'inabilitando. Il giudice può in questo esame farsi assistere da un consulente tecnico. Può anche d'ufficio diporre i mezzi istruttori utili ai fini del giudizio, interrogare i parenti prossimi dell'interdicendo o inabilitando e assumere le necessarie informazioni. Dopo l'esame, qualora sia ritenuto opportuno, può essere nominato un tutore”.

Existiu, pois, o cuidado de acentuar o conteúdo funcional do ato, no sentido de o juiz contactar diretamente o requerido, não se tratando, assim, de um *quid* de natureza confessoria⁷⁵. Daí a possibilidade de o juiz se fazer assistir por um perito médico nesta diligência.

Na ordem jurídica brasileira está consagrada, no artigo 1181.º do CPC, a obrigatoriedade de realização de interrogatório do requerido⁷⁶.

Por fim, também no ordenamento jurídico alemão se encontra consagrada a regra da audição do requerido pelo juiz. Na verdade, o artigo 68.º, n.º 1, do FGG⁷⁷, determina que o juiz deve ouvir o requerido antes da nomeação da pessoa que o acompanhará, salvo se medicamente for desaconselhada a sua inquirição ou o mesmo não estiver em condições de prestar declarações (n.º 2). Esta regra é reiterada nos artigos 68a, 69d e 69f, do mesmo código.

Regressando ao direito nacional, ainda no âmbito do CPC revogado, se o defensor oficioso não contestasse (ou depois de terem lugar todos os articulados legalmente admissíveis, em caso de contestação) era designada data para a realização do interrogatório e exame.

Atualmente, só no caso de existir contestação deve ser realizado o interrogatório, para além do exame pericial.

Importa sublinhar que o exame pericial deve ser *sempre* realizado, mesmo nos casos em que seja apresentada contestação na qual o requerido confesse todos os factos alegados na petição inicial. Com efeito, a falta de contestação não importa a confissão dos factos articulados pelo requerente⁷⁸.

Sendo realizado o interrogatório, o juiz deve formular várias questões ao requerido, com o objetivo de verificar se o mesmo está, pelo menos, consciente de si próprio, orientado no tempo e no espaço, como forma de indagação da existência e do grau de incapacidade do

⁷⁵ Paolo Forchielli, "Dell'infermità...", p. 34. A este respeito, cfr. Mario Vellani, "Alcune considerazioni sull'esame dell'interdicente o dell'inabilitando", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, a. 49, n.º 3 (Settembre 1995), p. 974.

⁷⁶ Daniel Souza Campos Miziara, "Interdição judicial...", p. 28.

⁷⁷ *Freiwillige Gerichtsbarkeit Gesetz*, código relativo aos processos de jurisdição voluntária e onde se encontram reguladas as questões atinentes às pessoas adultas com incapacidade.

⁷⁸ Emídio Santos, *Das Interdições...*, p. 30-31. De igual forma, não é permitida a desistência do pedido ou da ação, assim como não é admissível a confissão do pedido ou a transação. Com efeito, tratando-se de matéria em que é relevante o interesse público e social, os respetivos direitos estão subtraídos à livre disposição das partes, que se revela na indisponibilidade do objeto processual pelas partes (Paloma García-Lubén Barthe, "El proceso...", p. 84).

requerido (artigo 897.º do CPC⁷⁹). Para esse efeito, deve ser-lhe perguntado, no mínimo, o nome, a idade, a data presente, o lugar onde se encontra e finalidade da comparência naquele local.

Naturalmente, o juiz, ao averiguar a existência e o grau de incapacidade do requerido, deverá ter sempre presente o tipo de anomalia psíquica que está em causa. Assim, o tipo de questões a colocar é distinto consoante se trate de doença de natureza psiquiátrica (esquizofrenia, psicose, doença bipolar), deficiência mental ou intelectual, ou doença de natureza neurológica (demência).

Nesta diligência, apenas devem estar presentes, para além do juiz e do requerido, o magistrado do Ministério Público (como autor ou representante do requerido), o curador provisório, o patrono oficioso ou o mandatário, o autor e respetivo mandatário (caso a ação não tenha sido proposta pelo Ministério Público) e o perito médico que presidirá ao exame⁸⁰.

Importa sublinhar que se o juiz não conseguir realizar o interrogatório, em virtude de o requerido não falar, não responder a qualquer estímulo externo ou apenas emitir sons, deve tal circunstância ficar consignada em ata, prosseguindo a diligência com a realização do exame.

Quando o interditando ou o inabilitando está em condições de responder às questões formuladas pelo juiz, importa considerar, ainda assim, que o mesmo se encontra numa posição muito fragilizada, considerando o estigma social que ainda é provocado pela doença psiquiátrica.

Pode mesmo suceder que o requerido se sinta zangado, revoltado, ansioso ou nervoso, sobretudo se tiver consciência da situação em que se encontra.

Neste caso, o juiz desempenha um papel particularmente importante no sentido de serenar o requerido, por respeito ao mesmo e por forma a garantir que a diligência decorre da forma mais vantajosa possível.

Assim, o juiz deve explicar ao requerido o propósito da diligência e ainda que o perito médico efetuará o exame médico, dele dando conhecimento ao curador provisório. Deve igualmente informar que o decretamento da interdição ou da inabilitação visa, acima de tudo, proteger o próprio requerido, impedindo que alguém se aproveite da sua eventual doença para o prejudicar.

⁷⁹ O artigo 897.º do CPC, correspondente ao artigo 950.º do CPC revogado, tem a seguinte redação: “O interrogatório tem por fim averiguar da existência e do grau de incapacidade do requerido e é feito pelo juiz, com a assistência do autor, dos representantes do requerido e do perito ou peritos nomeados, podendo qualquer dos presentes sugerir a formulação de certas perguntas”.

⁸⁰ Com efeito, como bem refere Emídio Santos, o interrogatório não é um ato público (*Das Interdições...*, p. 70).

Sendo esta diligência realizada, em regra, nas instalações do tribunal, nos termos do artigo 143.º, n.º 2, do CPC⁸¹, deve decorrer de uma forma relativamente informal (no gabinete do juiz ou na biblioteca).

Neste particular, salientamos que as pessoas portadoras de deficiência intelectual sentem normalmente nervosas quando se encontram num espaço estranho, rodeadas de pessoas que não conhecem e não conseguindo perceber o objetivo da diligência. O requerido deve permanecer numa posição confortável, ficando fisicamente próximo da pessoa em que confia e com quem esteja emocionalmente ligado (pode ser um familiar ou, na falta deste, o funcionário da instituição onde se encontra a residir).

Não obstante, deve sublinhar-se que a realização da diligência no tribunal tem a significativa vantagem de permitir que o requerido, quando esteja em condições de o fazer, tome consciência da existência e alcance do processo judicial. Nos termos do atual regime, sendo apenas obrigatória a realização do exame pericial, e sendo este realizado fora das instalações do tribunal (no centro hospitalar psiquiátrico, por regra), suscitam-nos muitas dúvidas sobre o efetivo conhecimento ou consciência por parte do requerido de que corre termos o processo de interdição ou de inabilitação⁸².

Relativamente ao interrogatório, importa ainda referir que na ata elaborada deverá constar o roteiro de perguntas efetuadas pelo juiz, bem como as respostas dadas pelo requerido⁸³. De acordo com o artigo 897.º, *in fine*, do CPC⁸⁴, os restantes intervenientes processuais presentes podem sugerir a formulação de questões, mas estas devem ser efetuadas exclusivamente pelo juiz⁸⁵.

⁸¹ Corresponde ao artigo 149.º, n.º 2, *in fine*, do CPC revogado. Porém, no caso de impossibilidade de deslocação do requerido ao tribunal (por se encontrar acamado ou por padecer de alguma grave limitação no plano da locomoção, por razões de doença), é o próprio tribunal a deslocar-se ao local onde o requerido se encontre (residência, lar, hospital), nos termos do artigo 143.º, n.º 1, parte final, do CPC. O CPC italiano consagra uma norma especial no âmbito do processo de interdição e inabilitação (artigo 715.º), referindo que em caso de legítimo impedimento que impeça o requerido de aceder ao tribunal, o juiz e o Ministério Público devem deslocar-se ao local onde aquele se encontre (Paolo Forchielli, "Dell'infermità...", p. 36).

⁸² Com efeito, o contacto com o funcionário judicial aquando da citação pessoal não permite, na maioria dos casos, que os requeridos tomem efetivo conhecimento de que está pendente o processo de interdição. Com a realização do exame pericial fora do tribunal, nos casos em que não é obrigatório o interrogatório, afigura-se-nos que o requerido não saberá, muitas vezes, qual a finalidade do exame pericial.

⁸³ Emídio Santos, *Das Interdições...*, p. 68.

⁸⁴ Corresponde ao artigo 950.º, *in fine*, do CPC revogado.

⁸⁵ António Alfredo Mendes, "A interdição...", p. 216.

Em face deste novo figurino legal, a primeira questão que se coloca é saber que tipo de *contestação* é “relevante” para efeitos de realização do interrogatório do requerido.

Na verdade, muitas vezes, nesta ação especial, o curador provisório ou o defensor oficioso limitam-se a afirmar: “Ofereço o merecimento dos autos”.

Qual a relevância jurídico-processual desta contestação? Em termos rigorosos, com esta afirmação não se pretende verdadeiramente contestar a ação, ou seja, impugnar os factos constantes da petição inicial.

Aliás, na tramitação processual desta ação especial a falta de contestação não tem, como acima referido, o efeito preclusivo previsto para o processo declarativo comum. Na verdade, o princípio do dispositivo está praticamente arredado deste processo, pois a relevância que o decretamento da interdição ou da inabilitação assume na vida do requerido exige que o juiz possa considerar como provados factos que não foram alegados pelas “partes”, nos termos do artigo 901.º, n.º 4, do CPC.

Ainda assim, uma contestação com os dizeres “ofereço o merecimento dos autos” ou sem efetiva impugnação dos factos alegados na petição inicial deve ser relevante para efeitos de realização de interrogatório⁸⁶?

Esta é a primeira dúvida que surge em face desta nova disposição legal.

Mas não é a única.

Com efeito, o artigo 899.º, n.º 1, do CPC, com a epígrafe “Termos posteriores ao interrogatório e exame”, vem estabelecer que: “Se o interrogatório, quando a ele haja lugar, e o exame do requerido fornecerem elementos suficientes e a ação não tiver sido contestada, pode o juiz decretar imediatamente a interdição ou inabilitação”.

Esta disposição legal corresponde ao artigo 952.º do CPC revogado⁸⁷, tendo sido aditado o segmento ‘quando a ele haja lugar’.

⁸⁶ De igual forma, algumas contestações apenas visam impugnar a constituição do conselho de família, nomeadamente a pessoa indicada para tutor. Também aqui se suscita a mesma dúvida quanto à eficácia jurídico-processual deste tipo de contestações para desencadear o interrogatório do requerido.

⁸⁷ No âmbito do CPC revogado, o Tribunal da Relação do Porto proferiu, em 17 de janeiro de 2008, o seguinte acórdão: “A prolação de decisão sumária (definitiva) sobre o mérito, no processo especial de interdição ou inabilitação, imediatamente a seguir ao exame e ao interrogatório do arguido, só pode ocorrer desde que preenchidos (cumulativamente) os seguintes requisitos: 1) a ação não tenha sido contestada; 2) o interrogatório e o exame do requerido forneçam elementos suficientes para ser proferida logo decisão; 3) esta decisão seja no sentido de ser «decretada» a interdição”.

(Processo n.º 0736746; Relator: Senhor Desembargador Fernando Baptista; disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/e94437a913a5ae3a802573e7005dff06?>

Este artigo 899.º, n.º 1, causa alguma perplexidade, pois parece pressupor que o interrogatório tem lugar na ação de interdição ou inabilitação não contestada, tal como sucedia no CPC revogado. A menos que se entenda que subsiste a possibilidade de ser realizado o interrogatório mesmo que a ação não tenha sido contestada. A ser esta a interpretação correta, é possível concluir que pode o juiz, oficiosamente ou mediante requerimento, proceder ao interrogatório do requerido ainda que a ação não tenha sido contestada.

Na verdade, o artigo 899.º deve ser interpretado em consonância com o artigo 895.º do CPC. Assim, se ação tiver sido contestada, seguem-se *sempre* os demais articulados admitidos em processo comum (artigo 895.º). Caso não tenha sido deduzida contestação (artigo 899.º), poderão ocorrer duas situações: se o exame do requerido e o interrogatório (realizado oficiosamente ou mediante requerimento) fornecerem elementos suficientes, o juiz pode decretar imediatamente a interdição ou inabilitação (n.º 1 do artigo 899.º). Nos restantes casos (isto é, quando o exame do requerido e o interrogatório não forneçam elementos suficientes), seguem-se os termos do processo comum, posteriores aos articulados (n.º 2 do artigo 899.º)⁸⁸. Não se afigura, pois, admissível que seja decretada imediatamente a interdição ou inabilitação *apenas* com o exame do requerido.

[OpenDocument](#); data da consulta: 2014.05.22). Sobre a interpretação desta norma legal, no âmbito do CPC revogado, cfr. Emídio Santos, *Das Interdições...*, p. 77-78 e 81-84.

⁸⁸ Cfr. o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de janeiro de 2013, que decidiu no seguinte sentido: “Na acção especial em que se requeira a interdição nos termos dos arts. 944.º a 958.º do CPC, o juiz só pode decidir imediatamente no sentido da interdição, se após o interrogatório e o exame pericial, fornecerem estes elementos suficientes, e não houver contestação (n.º 1 do art. 952.º). O conjunto destes dados aponta para uma evidência relativamente à necessidade da interdição, que dispensa um formalismo mais rigoroso. Já lhe está vedado que indefira o pedido de imediato, ainda que dos meios de averiguação oficiosa resulte a concordância de que o requerido não é incapaz, tenha este oferecido, ou não, contestação. Isto, dado que na primeira situação se mantém uma divergência entre o requerente e o requerido que importa apurar, e na segunda por respeito do princípio do dispositivo. Segundo o n.º 2 do art. 952.º do CPC, sempre que a acção seja contestada, ou o processo, em qualquer caso, não ofereça elementos suficientes, a acção terá seguimento como ordinária com observância dos termos posteriores aos articulados”.

(Processo n.º 2382/09.0TBFIG.C1.S1; Relator: Senhor Conselheiro Gregório Silva Jesus; disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cbd1a7f4f0f3119b80257afe003ba515?OpenDocument>; data da consulta: 2014.06.17).

5. O novo CPC: Implicações periciais na nova tramitação das ações especiais de interdição e de inabilitação

Não sendo o exame pericial realizado na sequência do interrogatório judicial, circunstância na qual, na maioria das vezes, eram imediatamente ditadas para a ata as conclusões, torna-se inevitável a elaboração de formal(ais) relatório(s), perdendo-se a eficiência, ainda que mantendo, reconhece-se, a eficácia. Assim, é previsível um atraso significativo (quantificado em semanas ou meses) pelo tempo necessário para elaborar um Relatório Final, face à nova tramitação imposta.

De facto, se forem fornecidos aos peritos cópias de todos os elementos necessários, um primeiro Relatório (que poderá ser, como veremos, apenas preliminar e sem as conclusões exigidas no n.º 1 do artigo 898.º do CPC) demorará apenas mais algumas semanas; porém, se for necessário consultar os autos ou novos elementos documentais, passarão meses até que cópias sejam de novo remetidas ao perito, estando prejudicada a celeridade pretendida, admitindo-se assim que o atraso para obtenção de um Relatório Final possa ser quantificado em vários meses.

Acresce que, inexistindo interrogatório judicial, para além de em nossa opinião resultar comprometido o princípio da imediação, aumentam substancialmente as necessidades de fundamentação por parte do perito, que defensivamente procurará melhor alicerçar as suas conclusões periciais quer em documentos clínicos que pedirá para serem juntos aos autos, quer em *exames complementares de diagnóstico*, acima referidos, os quais, para além de dispendiosos, irão exigir longa lista de espera para marcação e realização por diferentes entidades⁸⁹. Assim, quando esta necessidade surge, apenas poderá o perito informar o Tribunal, que ordenará então a realização desse exame complementar de diagnóstico a diferente instituição, que por sua vez concretizará com diferente relatório, que irá ser enviado aos autos, para ser finalmente remetido, após despacho judicial nesse sentido, ao Perito inicial, o qual, caso não necessite reobservar o interditando (o que pode acontecer e vai aumentar ainda mais a dilação temporal), irá finalmente – meses depois – estar em condições de concluir o seu Relatório Final.

Se, para além dos exames complementares referidos no ponto anterior, for necessário para a fundamentação – e naturalmente devem ser evitados relatórios conclusivos, tanto mais que a diligência não é agora presidida pelo juiz – o pedido de documentos clínicos referentes a consultas ou internamentos anteriores do interditando, o atraso ainda será bem mais

⁸⁹ Estes exames complementares de diagnóstico seriam, nalgumas situações, dispensados no âmbito do CPC revogado.

significativo, arrastando-se por outros longos meses o tempo de espera. De facto, na atualidade muitas petições iniciais são instruídas com atestados conclusivos, sem suporte fáctico, ou apenas com um diagnóstico que nada revela sobre a sua funcionalidade⁹⁰.

Desta forma, em vez de um único Relatório que responda às questões legais previstas no n.º 1 do artigo 898.º do CPC, apenas será, na maior parte dos exames, elaborado um mero Relatório preliminar, que em nada satisfaz as exigências processuais e que se limita necessariamente à simples confirmação de um diagnóstico, pedindo ao Tribunal que oficie a outras instituições para a obtenção de elementos adicionais (por exemplo, avaliação por terapeuta ocupacional da instituição onde o interditando reside ou informação do neurologista assistente), implicando tempo acrescido ineficaz na troca de correspondência, na junção aos autos, e no posterior envio – meses depois - ao Perito.

Acresce que desde 1 de setembro de 2013 não nos foi dado observar, em várias dezenas de marcações efetuadas, um único examinando que soubesse ao que vinha, quando ordenada a sua presença no Hospital para a diligência pericial. De facto, raramente há qualquer contacto prévio entre o interditando e o advogado para si nomeado, e, porventura aquando da citação, o funcionário judicial poderá não ter disponibilidade de tempo suficiente para explicar de forma simples o objeto do processo. Já quanto aos familiares do requerido, esses, tendo o tempo necessário, habitualmente têm receio da reação do interditando ou então estão notoriamente envolvidos – em campos opostos –, sendo os próprios requerentes da Ação e, por isso, portadores de um eventual sentimento de culpa.

Não cremos pois que estejam suficientemente acautelados os direitos básicos do requerido, tanto mais que isso tem evidente repercussão na futura sanidade mental do examinando, podendo mesmo agravar o estado de saúde e quadro patológico previamente existente (por exemplo, ao ser coartada a liberdade de decisão e autonomia de um doente mental que mantenha algumas capacidades, surgirá ansiedade e depressão, particularmente se a pessoa que vier a ser indicada para tutor for alguém em quem não nutra confiança; do mesmo modo, também no caso de vir a ser interditado um paciente que sofra de Demência ou de Deficiência Mental, apenas com moderadas repercussões, isso acarretará no futuro um menor investimento pessoal e afetivo na devida estimulação psicossocial e assim agravamento do défice, realidade que justamente se pretendia evitar). De facto, ainda que sendo perfeitamente compreensível alguma incomodidade dos senhores juizes na realização do interrogatório judicial, a presença do Tribunal, sendo garantística dos direitos e das liberdades

⁹⁰ Por exemplo, afirmar da existência de uma Demência ou de uma Deficiência Mental nada esclarece sobre se o compromisso real é no dia-a-dia praticamente inexistente, leve, ligeiro, moderado, grave ou profundo.

daquele cidadão, assegurava por si só, no mínimo, a presença (e assim o contacto) do defensor oficioso, assim como do Ministério Público enquanto requerente, uma vez que nem sempre estes magistrados têm oportunidade de, no âmbito do Processo Administrativo, ouvir o interditando. É verdade que o interditando tem sempre a possibilidade de contestar; porém, não é menos verdade que um doente mental – ainda que não satisfaça os pressupostos médico-legais para interdição – raramente tem iniciativa ou a real possibilidade de vencer a inércia, real e pragmático obstáculo ao contacto com o advogado que venha a ser nomeado, e isto partindo do princípio que será minimamente esclarecido por outrem do que se está a passar à sua volta...

Ao contrário do que seria esperado, a experiência tem demonstrado que os advogados que ocasionalmente aparecem nestas diligências são, pelo contrário, os indicados pelo curador provisório ou em representação da pessoa indicada como Tutora. Não surpreende assim que, pelo menos em abstrato, possa ser hipotizada facilmente uma eventual pressão – ainda que não consciente – sobre o perito, para que o relatório que vier a ser produzido chegue a uma conclusão favorável à parte. O médico hospitalar ao qual são distribuídas grande número destas diligências (*ex vi* n.º 2 do artigo 24.º da Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto) está assim numa posição no mínimo vulnerável, tanto mais que desconhece na maioria das vezes a legislação e facilmente cederá a sugestão feita por um ilustre advogado, o que certamente nunca aconteceria na presença do Tribunal, de um Senhor Procurador ou mesmo se a diligência fosse assistida por um funcionário judicial.

Igualmente, e admitindo que estejam presentes na diligência dois advogados em posições opostas, poderá ser difícil para um perito médico manter a urbanidade da sessão, contornar a pressão de ambas as partes para um relatório conveniente e, simultaneamente, ultrapassar a natural resistência ou oposição do examinando à realização do exame. Acresce que, após a elaboração do Relatório, pode o mesmo ser contestado, mediante compreensíveis interpretações dissonantes (ou até mesmo completamente opostas) sobre o que de facto aconteceu, em particular relativamente ao diálogo ocorrido entre o perito e o examinando, ou da adequação das *leges artis*.

Enfatiza-se, ainda, que sendo algumas destas diligências judiciais concretizadas em espaço de reserva constitucional e penal, nomeadamente no domicílio do requerido, não é displicente pensar que o perito possa não ser autorizado a entrar ou não obter o consentimento para realizar o exame. Paradoxalmente, poder-se-á mesmo colocar a hipótese de à entrada ser dado um consentimento que à saída não se aplica, por provada a incapacidade em prestá-lo. Importará também destacar que a deslocação do perito a um domicílio privado, desacompanhado de qualquer magistrado ou funcionário, comportará

sempre riscos – até de uma eventual agressão – o que estava mitigado no anterior CPC, que previa a deslocação conjunta do juiz, do magistrado do Ministério Público, do funcionário judicial e, pelo menos, de um advogado, para além do próprio perito médico. Porém, até à presente data não temos notícia que algum perito se tenha legitimamente recusado a comparecer sozinho, alegando receio pela sua integridade física. Naturalmente, se tal vier a acontecer, sempre será comunicado o incidente ao processo, para decisão do juiz titular, sendo que se for aceite a escusa, tememos que muito rapidamente a grande maioria dos peritos a venha requerer.

Estas são algumas razões pelas quais têm sido sistematicamente feitos pedidos ao juiz de cada Processo para que se digne providenciar no sentido de pelo menos um funcionário judicial acompanhar a diligência, caso o magistrado do Ministério Público prescindir estar presente ou o tribunal tenha o entendimento que a perícia não deva ser presidida pelo juiz⁹¹. Porém, na prática pericial tais pedidos têm vindo a ser sistematicamente indeferidos pelo juiz, sendo avançados basicamente dois argumentos: a lei não prevê e o Exame Médico (pericial) não é uma diligência judicial *stricto sensu*, no sentido de o juiz ter que estar obrigatoriamente presente.

Temos também verificado que nas situações em que os interditandos se encontram institucionalizados em Lares, Casas de Repouso ou Unidades Residenciais de Doentes Mentais de evolução prolongada é frequente – por outras razões que não de saúde dos examinandos, nomeadamente, por mera incomodidade, motivos logísticos, financeiros, escassa disponibilidade de auxiliares para acompanhamento – ser informado o tribunal que o examinando não se pode deslocar ao hospital. Nessa circunstância, o tribunal tem aceite justificações conclusivas e não fundamentadas dos lares⁹², ordenando que os peritos dos Hospitais se desloquem, com prejuízo para a realização não só daquelas diligências, mas de outras que estão previstas para a manhã do mesmo dia, que dessa forma não são realizadas, implicando adiamentos que se estendem por vários meses, já que a agenda está habitualmente preenchida para os dois meses seguintes, inclusivamente com perícias legalmente urgentes de outras jurisdições (com arguidos presos, em processos de promoção e proteção, com acidentes de trabalho). Esta prática rotineira envolve sérios prejuízos na gestão dos recursos humanos e técnicos, implicando a multiplicação dos atrasos das diligências, que se traduz na acumulação de dezenas de perícias que desta forma estão

⁹¹ No foro laboral, a perícia por junta médica realizada na fase contenciosa do processo emergente de acidente de trabalho é presidida pelo juiz (artigo 139.º, n.º 1, do Código de Processo do Trabalho).

⁹² Com efeito, não é normalmente exigido documento que comprove que a ida do requerido ao Hospital envolve sérios riscos para a vida ou saúde do mesmo.

prejudicadas. Aliás, no âmbito do CPC revogado eram agendadas duas ou três diligências para o mesmo dia, em horas consecutivas, nas instalações do tribunal, sendo inclusivamente ditadas para a ata as conclusões e ficando o processo concluído, já que alguns juízes proferiam a sentença naquele momento e designavam de imediato dia para o compromisso de honra do Tutor e apresentação da relação de bens.

Por último, alertamos para o facto de algumas secções de tribunais interpretarem de forma restritiva os despachos judiciais nos quais é ordenado que o perito se desloque ao lar, tendo o entendimento de que será o Hospital a acordar diretamente com a instituição o dia e a hora, bem como a notificação da data em que ocorre a diligência, para que no mínimo exista no local um espaço físico preparado para a observação médica, o interditando seja avisado da presença do perito ou que possa realizar a sua habitual higiene diária e alimentação previamente. Tal aspeto pragmático tem também implicado atrasos de horas para o início das diligências.

6. A problemática inerente ao artigo 896.º do CPC

Em face de todo o exposto, facilmente se vislumbra que a alteração legislativa no regime jurídico-processual da ação de interdição e de inabilitação gera, no mínimo, perturbação, não só ao nível da tramitação processual, como em vários intervenientes desta ação especial.

Mas poderá igualmente colidir com preceitos de natureza constitucional, considerando o especial melindre dos interesses em causa e dos direitos dos requeridos no âmbito do processo de interdição e de inabilitação.

É, pois, de toda a conveniência descortinar qual o objetivo da referida alteração legislativa e qual foi a intenção do legislador.

No âmbito do CPC revogado, o juiz não tinha de presidir ao exame pericial, acabando por fazê-lo em virtude de esta diligência ser realizada imediatamente após o interrogatório. No atual CPC, pretende-se, aparentemente, que a perícia médica no âmbito do processo de interdição e de inabilitação siga o mesmo regime jurídico-processual da prova pericial previsto nos artigos 467.º e seguintes do CPC.

Tal significa, por um lado, que o juiz não é obrigado a presidir à realização da perícia, apenas o devendo fazer “sempre que o considere necessário” (artigo 480.º, n.º 2, do CPC) e, por outro, que as partes apenas assistem à diligência se assim o pretenderem (artigo 480.º, n.º 3, do CPC).

No entanto, se é certo que à luz do anterior CPC o juiz não tinha de presidir ou assistir ao exame pericial, a verdade é que o contacto pessoal com o requerido era efetuado através do interrogatório do mesmo.

Com o novo regime processual, o juiz não estabelece, em momento algum, o contacto com a pessoa relativamente à qual vai decretar a interdição ou a inabilitação.

Ora, como vimos, não estamos na presença de um mero litígio privado, pois o que está em causa é retirar a capacidade de exercício⁹³ a um determinado indivíduo, no caso da interdição, ou limitá-la, no caso da inabilitação.

Os efeitos da interdição e da inabilitação são, pois, demasiado gravosos para se entender que o juiz pode simplesmente decretar esta medida, que é drástica na vida de uma pessoa, sem a inquirir ou sem a ver, no caso de não ser possível manter um diálogo. Neste último caso, a impossibilidade de estabelecer um diálogo não pode constituir um argumento no sentido da “inutilidade” desta importante diligência. Na verdade, é precisamente essa situação que o juiz precisa de verificar (observando o requerido), pois, não o fazendo, dará como demonstrado o que precisamente se pretende provar.

É certo que não está em causa a liberdade do requerido⁹⁴, mas a supressão e a limitação da capacidade de exercício de uma pessoa não são suficientemente graves e sérias que exijam do juiz o contacto direto com a pessoa que vai ser interdita ou inabilitada? Parece-nos que sim.

O direito à capacidade civil constitui, aliás, um direito fundamental previsto no artigo 26.º, n.º 1, da CRP⁹⁵, o qual não pode sequer ser afetado pela declaração do estado de sítio ou do estado de emergência (artigo 19.º, n.º 6, da CRP).

Esta é a principal razão pela qual a interdição e a inabilitação constituem um processo especial, que exige o contacto direto com o requerido, como aliás sucede nos países europeus acima referidos (Espanha, França, Alemanha e Itália).

Este *contacto direto* com o requerido é, pois, fundamental e deve ocorrer preferencialmente no mesmo momento em que é realizado o exame pericial, exceto se o juiz determinar outro momento processual para o fazer, o que nos parece pouco provável em face do novo figurino legal.

⁹³ Cfr. Jorge Duarte Pinheiro, “As pessoas com deficiência...”, p. 474, que refere que, “[o] principal efeito da interdição consiste na negação de capacidade geral de exercício do incapaz e na nomeação de um tutor, a quem caberá agir enquanto representante do interdito, tudo numa lógica inspirada no modelo pensado para a incapacidade por menoridade”.

⁹⁴ Como sucede com o internamento compulsivo, nos termos da Lei de Saúde Mental, aprovada pela Lei n.º 36/98, de 24 de julho, e alterada pela Lei n.º 101/99, de 26 de julho.

⁹⁵ Para Emídio Santos, o direito à capacidade civil, se não estivesse expressamente previsto no artigo 26.º, n.º 1, da CRP, estaria sempre consagrado por via do princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1.º da CRP (*Das Interdições...*, p. 104).

Em face das especificidades próprias do processo de interdição e de inabilitação, resultantes do propósito que lhe está subjacente, não se nos afigura curial equiparar a perícia médica realizada neste processo com as restantes perícias, a maioria das quais, atenta a respetiva natureza e objeto, não necessitarão, por regra, da assistência do juiz.

No direito italiano, é reiteradamente expressa a essencialidade deste contacto direto do juiz com o requerido. Com efeito, o diálogo mantido entre ambos representa a forma mais genuína de o julgador apurar a existência de anomalia psíquica e dos restantes requisitos para decretar a interdição ou a inabilitação. Naquele ordenamento jurídico, este diálogo é equiparado a uma verdadeira ‘inspeção judicial’⁹⁶, com vista a determinar o estado mental do requerido⁹⁷.

Mario Vellani, citando eminentes processualistas como Chiovenda, Adrioli e Taruffo, refere que, no âmbito do processo de interdição ou de inabilitação, o *exame* do interdicionado ou do inabilitado representa a primeira fonte de convencimento do juiz, pois só esse contacto direto com o requerido fornece ao julgador, que observa o seu comportamento e verifica se as faculdades mentais estão ou não presentes, o quadro completo da pessoa do prisma físico e psíquico⁹⁸. Para este autor, secundado pela jurisprudência unânime da *Cassazione*, este ‘exame’, sob a forma de colóquio⁹⁹ e no qual se encontra presente também o Ministério Público¹⁰⁰, constitui a prova mais importante para o juiz. Tanto assim é, que a sua decisão de interditar ou de inabilitar pode ser apenas fundada com base neste interrogatório¹⁰¹.

É certo que o requerido poderá recusar¹⁰² a submissão ao interrogatório (e/ou ao exame pericial) ou não responder às questões colocadas pelo juiz¹⁰³. Inclusivamente, pode concluir-se

⁹⁶ Apesar de não serem, naturalmente, aplicáveis as regras processuais relativas à inspeção de pessoas (Mario Vellani, “Alcune considerazioni...”, p. 989).

⁹⁷ Paolo Forchielli, “Dell’infermità...”, p. 35. Este autor sublinha a indispensabilidade deste “colóquio direto”, no sentido de o juiz adquirir elementos probatórios relevantes relativos à condição mental do requerido. Em paralelo, entende-se que deve ser dada a maior liberdade possível ao requerido para responder às questões do juiz. Tudo isto no pressuposto de que o exame (leia-se, o interrogatório) representa, para o interdicionado, a ‘máxima garantia que o ordenamento pode oferecer a seu favor’ (p. 35-36).

⁹⁸ Mario Vellani, “Alcune considerazioni...”, p. 973-974.

⁹⁹ Mario Vellani, “Alcune considerazioni...”, p. 977.

¹⁰⁰ Mario Vellani, “Alcune considerazioni...”, p. 978. No direito italiano, a falta do Ministério Público neste ato é cominada com nulidade.

¹⁰¹ Mario Vellani, “Alcune considerazioni...”, p. 974.

¹⁰² Emídio Santos considera que o tribunal não pode decretar a interdição apenas com base na circunstância de o requerido ter recusado responder às perguntas (*Das Interdições...*, p. 67). Quanto à não comparência injustificada, o mesmo autor não admite a detenção para comparência, em face da ausência de norma legal

que a realização do interrogatório e/ou do exame pericial lhe é prejudicial¹⁰⁴. Estas circunstâncias, podendo obstar à realização do interrogatório, no primeiro caso, e desaconselhá-lo, na segunda situação, configuram uma *exceção* à regra geral da concretização do interrogatório e do exame pericial.

Acresce que a impossibilidade de realização do interrogatório não deverá, em caso algum, conduzir a um *non liquet* do tribunal, devendo o juiz pronunciar-se *sempre* relativamente à procedência (ou improcedência) da ação¹⁰⁵.

De igual forma, no Brasil o interrogatório do requerido é encarado como o principal ato processual, de natureza solene, praticado no processo de interdição pelo juiz, o qual “tendo diante de si o interditando, investigará minuciosamente acerca da sua vida, negócios, bens e do mais que lhe parecer necessário (CPC, art. 1.181)”, formando a sua convicção, “não obstante a prova pericial produzida no curso do feito”¹⁰⁶.

que expressamente consagre tal possibilidade (*Das Interdições...*, p. 67-68, n. 82). Situação distinta da recusa em responder é aquela em que o requerido apenas emite sons ininteligíveis.

¹⁰³ No direito italiano, o ‘exame’, mais do que um conjunto de perguntas efetuadas pelo juiz com as respetivas respostas do requerido, constitui uma avaliação global da personalidade, do comportamento e do estado mental deste. Em caso de recusa em responder às perguntas do juiz, constituirá uma preciosa ajuda o “consulente técnico” que auxiliará o juiz na correspondente avaliação do ‘mutismo’ do interditando, para além do recurso a outros elementos existentes no processo para descortinar o estado mental do mesmo (Mario Vellani, “Alcune considerazioni...”, p. 990).

¹⁰⁴ Esta constatação deverá ser *objetiva*, isto é, tem de ser fundada em elementos clínicos objetivos que resultem dos autos.

¹⁰⁵ Neste sentido, Paolo Forchielli, “Dell’infermità...”, p. 36-38, e Mario Vellani, “Alcune considerazioni...”, p. 993-996. Este último autor invoca a jurisprudência da *Corte Costituzionale* para demonstrar que, em caso de impedimento ilegítimo que conduza à não realização do ‘exame’, o juiz deve pronunciar-se *sempre* sobre o decretamento da interdição. O ordenamento alemão prevê expressamente a possibilidade de o exame não ocorrer se for demonstrado, mediante relatório médico, que a sua realização é ‘significativamente desvantajosa’ para o requerido [artigo 68.º(2)1, do FGG].

¹⁰⁶ Daniel Souza Campos Miziara, “Interdição judicial...”, p. 28. Este autor acrescenta ainda: “Todavia, em que pese à relevância do ato, na prática (e não há como fugir dessa realidade da praxe forense) são poucos os profissionais que lhe conferem a importância recomendada. Invariavelmente, seja pelo insuperável volume de trabalho que lhe é atribuído, seja por sua falta de sensibilidade ou até mesmo de vocação para com o trato da matéria, o julgador tem proporcionado apenas breves instantes de seu precioso tempo ao deficiente intelectual. Fosse diferente esse cenário, acreditamos que inúmeras interdições poderiam atingir seu termo por ocasião da realização do próprio interrogatório, proporcionando assim a concretização da perseguida duração razoável do processo” (“Interdição judicial...”, p. 28).

Considerando a proteção devida aos maiores incapazes, que justifica a consagração legal do regime da interdição e da inabilitação, e atenta a estreita ligação existente entre as normas de direito substantivo e direito adjetivo nesta matéria, é imperioso que as normas do CPC que regulam este processo especial sejam analisadas com o necessário enfoque constitucional.

Na verdade, a proteção dos mais fracos, constituindo um “imperativo constitucional e um princípio do Direito Civil, que decorre da ideia de solidariedade humana, reclamada pela própria instância ético-moral”, fundamenta “uma das mais gravosas intromissões (do Estado) na liberdade do indivíduo, na sua esfera privada”¹⁰⁷.

Nas palavras de Emídio Santos, “as normas do Código de Processo Civil relativas ao processo especial de interdição e de inabilitação apelam a um constante diálogo com os preceitos do Código Civil sobre interdições e inabilitações, especialmente com os artigos 138.º a 156.º, e com a Constituição da República Portuguesa, designadamente com as normas relativas aos direitos fundamentais (artigos 18.º e 26.º, n.ºs 1 e 4)”¹⁰⁸.

A interdição e a inabilitação, constituindo instrumentos de proteção jurídica¹⁰⁹ do maior incapaz, colidem “necessariamente com a liberdade individual, implicando uma restrição de direitos fundamentais”¹¹⁰, sendo precisamente a proteção do incapaz que justifica esta compressão da sua liberdade. Esta supressão ou limitação respeita não apenas a atos de natureza patrimonial, mas também a atos de natureza pessoal¹¹¹⁻¹¹².

Deve, por isso, o incapaz ser protegido, não apenas através dos instrumentos legais, de cariz substantivo, tendentes a suprir a incapacidade de gerir a sua pessoa e bens, *maxime* a interdição e a inabilitação, como também mediante os mecanismos processuais existentes no sentido de efetivar a referida restrição da sua capacidade de exercício.

É por esta razão que a interdição e a inabilitação só podem ser decretadas judicialmente¹¹³, não podendo esta decisão ser cometida a árbitros (artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º

¹⁰⁷ Raúl Guichard Alves, “Alguns aspectos...”, p. 132.

¹⁰⁸ Emídio Santos, *Das Interdições...*, p. 30.

¹⁰⁹ António Alfredo Mendes, “A interdição...”, p. 202 e 204.

¹¹⁰ Raúl Guichard Alves, “Alguns aspectos...”, p. 140.

¹¹¹ Cfr. Raúl Guichard Alves quanto às críticas atualmente dirigidas aos institutos da interdição e da inabilitação, e a consequente necessidade de reforma das formas de suprimimento da incapacidade de maiores prevista no CC (“Alguns aspectos...”, p. 134-135).

¹¹² Cfr., quanto ao estatuto do interdito, Emídio Santos, *Das Interdições...*, p. 145-148.

¹¹³ Emídio Santos, *Das Interdições...*, p. 25.

31/86, de 29 de agosto)¹¹⁴. A tramitação do processo judicial de interdição e de inabilitação não pode, pois, ser alheia ao especial cuidado e proteção que estes institutos visam alcançar.

Assim, dificilmente o juiz poderá aquilatar pela medida que deve optar (interdição ou inabilitação), e terá sérias dificuldades em determinar o grau de incapacidade, sem manter o contacto direto com o requerido, pois o que está em causa nesta ação é “todo o complexo da actividade humana desenvolvida em regra por um adulto” com “relevância para o direito”¹¹⁵.

Esta proteção especial dos maiores incapazes encontra o seu reflexo na CRP, que no n.º 2 do artigo 71.º, com a epígrafe *cidadãos portadores de deficiência*¹¹⁶, consagra a obrigatoriedade de o Estado “realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles e a assumir o encargo da efectiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores” (sublinhado nosso).

Este artigo 71.º da CRP, estando imbuído de uma “dimensão preceptiva” e uma “dimensão programática”¹¹⁷, impõe ao Estado a obrigação de promover as condições para o desenvolvimento da autonomia dos indivíduos portadores de deficiência¹¹⁸. Aliás, esta disposição constitucional tem “importantes e imediatas implicações ao nível da legislação ordinária”¹¹⁹, desde logo na adoção de medidas de *discriminação positiva* dos cidadãos portadores de deficiência¹²⁰.

¹¹⁴ Paula Távora Vítor, *A Administração...*, p. 154.

¹¹⁵ Raúl Guichard Alves, “Alguns aspectos...”, p. 153.

¹¹⁶ A “revisão constitucional de 1997 procedeu a uma importante alteração terminológica, abandonando o conceito de «deficientes» e passando a falar de «cidadãos portadores de deficiência»” (António de Araújo, *Cidadãos Portadores de Deficiência – o seu lugar na Constituição da República*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 114-115). Não sendo a deficiência uma característica “essencial” ou “definitória” da pessoa humana, não devem os cidadãos portadores de deficiência ser encarados como um “grupo homogéneo, susceptível de ser unificado (ou caracterizado) por aquela qualidade” (António Araújo, *Cidadãos...*, p. 117).

¹¹⁷ António de Araújo, *Cidadãos...*, p. 114.

¹¹⁸ António de Araújo, *Cidadãos...*, p. 114.

¹¹⁹ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 716.

¹²⁰ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição...*, p. 717. Entendem estes autores que “[n]ão está, no entanto, excluído que se possa extrair do artigo 71.º, n.º 1, conjugado com o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana plasmado no artigo 1.º, uma norma directamente aplicável que garanta aos cidadãos portadores de deficiência as **condições mínimas para uma existência condigna**” (*Constituição...*, p. 719).

Gomes Canotilho e Vital Moreira, referindo-se a um “duplo direito positivo face ao Estado”, extraem deste artigo 71.º da CRP o direito dos cidadãos portadores de deficiência ao tratamento e à reabilitação da sua deficiência, por um lado, e o direito à proteção do Estado para a “efectiva realização dos seus direitos”¹²¹, por outro.

O artigo 71.º da CRP está intrinsecamente ligado com o artigo 1.º da CRP¹²², que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana¹²³ em que se baseia a República portuguesa. Com efeito, “[a] **dignidade da pessoa humana** legitima a imposição de *deveres de protecção especiais*”, de natureza pública, de forma a proteger as “pessoas em situações especiais propícias a graves atentados a essa dignidade”¹²⁴.

Ora, a *efetiva realização dos direitos dos cidadãos portadores de deficiência* condiciona o legislador processual na adoção de regras que protejam eficazmente tais cidadãos¹²⁵. Aliás, a

¹²¹ *Constituição da República Anotada: Artigos 1.º a 107.º*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 879. Para estes autores, o *princípio do primado da responsabilidade pública* confere a estes cidadãos o “direito a exigir primariamente do Estado (...) a realização das condições de facto que permitam tanto o tratamento da deficiência como o efectivo exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres dos cidadãos em geral” (*Constituição...*, p. 880).

¹²² Jorge Miranda e Rui Medeiros justificam a realização plena das pessoas com deficiência, prevista no artigo 71.º da CRP, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, assim como é este princípio que fundamenta a necessidade de intervenção judicial em caso de internamento por anomalia psíquica, prevista no artigo 27.º, n.º 3, al. h), da CRP (*Constituição...*, p. 54).

¹²³ Para maior desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana, na ótica das pessoas portadoras de deficiência, cfr. Rizzato Nunes, “A Dignidade da Pessoa Humana e o Papel do Julgador”, *Revista do Advogado*, São Paulo, a. 27, n.º 95 (Dez. 2007), p. 129-135.

¹²⁴ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, p. 199. De acordo com estes autores, “[a] dimensão intrínseca e autónoma da dignidade da pessoa humana articula-se com a liberdade de conformação e de orientação da vida segundo o projecto espiritual de cada pessoa, o que aponta para a necessidade de, não obstante a existência de uma *constante antropológica*, haver uma abertura às novas exigências da própria pessoa humana. Estas novas exigências podem reclamar a necessidade de *prestações* (públicas ou privadas) enriquecedoras das irradiações físicas ou espirituais da pessoa”.

¹²⁵ Neste sentido, o n.º 4 do artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência refere (tradução para a língua portuguesa) que os “Estados Partes asseguram que todas as medidas que se relacionem com o exercício da capacidade jurídica fornecem as garantias apropriadas e efectivas para prevenir o abuso de acordo com o direito internacional dos direitos humanos. Tais garantias asseguram que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica em relação aos direitos, vontade e preferências da pessoa estão isentas de conflitos de interesse e influências indevidas, são proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa, aplicam-se no período de tempo mais curto possível e estão sujeitas a um controlo periódico por uma autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial (...)” (sublinhado nosso). Contudo, a versão autenticada na língua inglesa do n.º 4 do artigo 12.º é distinta, pois consta: “States Parties shall ensure that all measures that relate to the exercise of legal capacity provide for

consagração de regras adjetivas no CC é a clara demonstração de como tais normas desempenham um papel decisivo no decretamento das medidas de supressão ou limitação da capacidade de exercício.

No âmbito do processo especial de interdição e de inabilitação, esta função de proteção que o Estado está incumbido reflete-se essencialmente no importante papel desempenhado pelo juiz, que apenas estará habilitado a decidir se previamente tiver estabelecido o contacto direto com o requerido.

O distanciamento e a passividade do juiz¹²⁶, propugnados pelo novo CPC nesta matéria, dificilmente encontram compatibilização constitucional, não apenas pelo especial dever de proteção das pessoas com deficiência a que o Estado está obrigado, mas também pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que tem especial relevância nesta ação especial¹²⁷.

Pela mesma razão, afigura-se-nos não estar devidamente acautelada, nesta nova tramitação do processo de interdição e de inabilitação, a *tutela efetiva* dos direitos dos cidadãos com incapacidade, como exige o n.º 5 do artigo 20.º da CRP.

Por fim, o artigo 896.º do CPC, na parte em que apenas obriga o interrogatório do requerido quando haja contestação, contraria frontalmente o Princípio 13, da Recomendação n.º R (99) 4, do Conselho da Europa relativa aos Princípios em Matéria de Proteção Legal dos Incapazes Adultos.

Tal Princípio, com a epígrafe direito de ser pessoalmente ouvido, estabelece o *direito de a pessoa visada ser pessoalmente ouvida em qualquer procedimento que possa afetar a sua capacidade jurídica*.

Resulta deste Princípio o direito da pessoa com incapacidade se pronunciar sobre o procedimento, designadamente através da contestação. Mas o referido Princípio vai mais

appropriate and effective safeguards to prevent abuse in accordance with international human rights law. Such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity capacity respect the rights, will and preferences of the person, are free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the person's circumstances, apply for the shortest time possible and are subject to regular review by a competent, independent and impartial authority or judicial body (...)" (sublinhado nosso) [a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi adotada, juntamente com o seu Protocolo Adicional, na Assembleia das Nações Unidas em 30.03.2007, tendo sido ambos ratificados pelos Decretos do Presidente da República n.º 71/2009 e n.º 72/2009, de 30 de julho, respetivamente (a Convenção e o Protocolo foram aprovados pelas Resoluções da Assembleia da República n.º 56/2009 e n.º 57/2009, de 7 de maio). A Convenção foi igualmente ratificada pela União Europeia em 05/01/2011].

¹²⁶ Em flagrante contradição com o *juiz ativo* que agora se almeja no novo processo civil (*vide* artigo 6.º, n.º 1, do CPC).

¹²⁷ O Tribunal Constitucional alemão, no caso *Microcensus* (1969), entendeu que o Estado viola a dignidade humana quando trata as pessoas como meros objetos (António de Araújo, *Cidadãos...*, p. 159).

longe, pois exige que a pessoa seja *pessoalmente* ouvida, o que pressupõe, naturalmente, o fundamental contacto direto entre a pessoa visada e a entidade que vai decidir sobre a sua (in)capacidade.

Também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem entendido, no que concerne aos adultos incapazes (*persons of unsound mind*) e no que respeita à aplicação do artigo 5.º, n.º 4, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que, ainda que não sejam exigidas as mesmas garantias fixadas no artigo 6.º, n.º 1, da Convenção para os respetivos processos civis ou criminais, é, todavia, essencial que tais pessoas tenham a possibilidade de ser *ouvidas* pelo tribunal, seja pessoalmente, seja, quando necessário, através de qualquer forma de representação¹²⁸.

7. Conclusão e alternativas

Com o presente artigo pretendeu-se, por um lado, evidenciar as dificuldades práticas suscitadas pelo artigo 896.º do CPC na realização do exame pericial e, por outro, demonstrar as perplexidades que esta disposição legal suscita na sua compatibilização com os institutos da interdição e da inabilitação, assim como, em última análise, da sua eventual desconformidade com a CRP.

Resulta do que ficou exposto que a redação deste artigo 896.º do CPC não protege o incapaz maior, pois apenas com a efetiva realização do interrogatório do requerido fica o juiz em perfeitas condições para decretar a interdição ou a inabilitação.

Há, assim, toda a conveniência que o juiz proceda ao interrogatório do interditando ou do inabilitando, mesmo nos casos em que não seja deduzida contestação.

Nestes casos, o Ministério Público, que ocupa no processo de interdição e de inabilitação um papel preponderante, como vimos, deve atuar no sentido de promover este contacto direto entre o juiz e o requerido.

Em consequência, nos casos em que o Ministério Público não instaura a ação, deve requerer o interrogatório do requerido ou mesmo, eventualmente, nos termos do artigo 21.º do CPC, deve contestar a ação¹²⁹, precisamente para desencadear o interrogatório do requerido.

¹²⁸ Cfr. Caso *Megyeri c. Germany*, Acórdão de 12 de maio de 1992, Queixa n.º 13770/88; e Caso *Stanev c. Bulgaria*, Acórdão de 17 de janeiro de 2012, Queixa n.º 36760/06.

¹²⁹ Importa referir que, nos termos do artigo 574.º, n.º 2, do CPC, não é aplicável aos incapazes, quando representados pelo Ministério Público, o ónus de impugnação especificada previsto no n.º 1 do mesmo preceito legal (que exige que o réu, ao contestar, tome *posição definida* perante os factos que constituem a causa de pedir invocada pelo autor). Esta dispensa do ónus de impugnação especificada, que também

Quando o Ministério Público seja o autor da ação (como sucede na maior parte das vezes, como vimos), a questão pode ser mais delicada pois, não existindo contestação, a inexistência de base legal pode conduzir o juiz à não realização de interrogatório do requerido¹³⁰.

Talvez neste caso seja exigível ao Ministério Público que, no âmbito do Processo Administrativo¹³¹, mantenha este contacto direto com a pessoa em relação à qual irá propor a ação. De qualquer forma, mesmo que o Ministério Público, nesta fase pré-judicial, ouça o requerido, tal não substitui a necessidade de o juiz também o fazer. Esta diligência do Ministério Público é importante no sentido de recolher um valioso elemento de prova para avaliar a necessidade, ou não, da propositura da ação. Mas não poderá ser considerado como o interrogatório do requerido no âmbito do processo judicial de interdição, pois é o juiz que tem de criar a convicção da existência de incapacidade que justifica a necessidade de decretar a interdição ou a inabilitação¹³².

A este propósito, Paulo Ramos de Faria e Ana Luísa Loureiro defendem, ao abrigo do disposto no artigo 7.º da Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes Mentais, a possibilidade de o juiz proceder ao interrogatório do requerido, mesmo oficiosamente, “em especial nos casos em que a perícia não é realizada por um especialista em psiquiatria forense indicado pelo Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses”¹³³.

abrange os ausentes e incertos representados pelo Ministério Público, permite contestar a ação de interdição ou de inabilitação sem contradizer especificadamente os fundamentos aduzidos pelo requerente.

¹²⁹ Não obstante, nada impede (e talvez aconselhe...) que o juiz, oficiosamente, ao abrigo do dever de gestão processual e do princípio da adequação formal (artigos 6.º e 547.º, respetivamente, do CPC), desencadeie a realização do interrogatório do requerido quando tal se lhe afigurar necessário e pertinente, mesmo não tendo havido contestação.

¹³⁰ Não obstante, nada impede (e talvez aconselhe...) que o juiz, oficiosamente, ao abrigo do dever de gestão processual e do princípio da adequação formal (artigos 6.º e 547.º, respetivamente, do CPC), desencadeie a realização do interrogatório do requerido quando tal se lhe afigurar necessário e pertinente, mesmo não tendo havido contestação.

¹³¹ O Processo Administrativo do Ministério Público destina-se “a recolher e a conservar os elementos indispensáveis a tomar posição quanto ao problema suscitado e a facilitar a orientação hierárquica que se torne necessária” [alínea a) da Circular n.º 12/1979, de 11.05.1979, referente à “Organização de processos administrativos. Instauração, tramitação e comunicações”].

¹³² A impossibilidade de ouvir o requerido no âmbito do Processo Administrativo constitui, a nosso ver, fundamento suficiente para requerer ao juiz o seu interrogatório no processo judicial.

¹³³ *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil – os artigos da reforma*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 437. Estes autores referem ainda que “se o Ministério Público ou o curador ad litem não contestarem a ação, nem por isso estão impedidos de requerer a realização do interrogatório. O requerido

Finalmente, entendemos que existe toda a conveniência na realização do exame pericial, por regra, nas instalações do tribunal, independentemente de o interrogatório pelo juiz ser ou não efetuado.

Com efeito, o local onde decorre o exame é de extrema importância, nomeadamente para o requerido, que mais facilmente terá perceção de qual o objetivo desta diligência processual. Por outro lado, todos os aspetos processuais relacionados com a realização da diligência (notificações, acompanhamento das diligências, faltas de comparência, impedimentos, etc.) devem ser da competência da secção judicial à qual está afeto o respetivo processo. Afigura-se-nos pouco curial e adequado que as questões “administrativas” relativas à realização do exame pericial sejam ‘transferidas’ para os centros hospitalares psiquiátricos ou entidades similares apenas pelo facto de não ser realizado o interrogatório pelo juiz. Nesta parte, não vemos qualquer razão para que esta diligência processual não seja realizada nos exatos moldes do CPC revogado.

A recente reforma do CPC, que se afigura de um modo geral muito positiva, talvez tenha pecado, no seu intuito de impreterível celeridade e simplificação, em matérias cujos interesses subjacentes exigiam uma ponderação mais cuidada.

O interrogatório do requerido no âmbito do processo de interdição ou de inabilitação é uma dessas matérias. O legislador foi pouco feliz na sua supressão quando não haja contestação, afigurando-se como um claro retrocesso no que tange à proteção constitucionalmente exigida aos adultos menos capazes.

8. Bibliografia

- **ALVES, RAÚL GUICHARD**
-- “Alguns aspectos do instituto da interdição”, *Direito e Justiça*, Lisboa, v. 9, t. 2 (1995)
- **ARAÚJO, ANTÓNIO DE**
-- *Cidadãos Portadores de Deficiência – o seu lugar na Constituição da República*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001

goza sempre do direito de ser ouvido pessoalmente, por determinação oficiosa ou a requerimento, incluindo do próprio, quer por força dos instrumentos normativos internacionais citados [isto é, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes Mentais], quer por força dos princípios do processo civil”.

- *Assessment of Older Adults with Diminished Capacity: A Handbook for Lawyers*, American Bar Association and American Psychological Association, 2005, disponível em: <http://www.apa.org/pi/aging/resources/guides/diminished-capacity.pdf>
- **BARTHE, PALOMA GARCÍA-LUBÉN**

-- “El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas en el derecho español”, *Revista jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, Porto, n.º 7 (Set. 2001)
 - **BRITO, MIGUEL NOGUEIRA DE/REGO, MARGARIDA LIMA**

-- “A tutela institucional de interditos. O caso da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa”, in *O direito*, Coimbra, a. 142, n.º 4 (2010)
 - **CORREIA, JOÃO/PIMENTA, PAULO/CASTANHEIRA, SÉRGIO**

-- *Introdução ao Estudo e à Aplicação do Código de Processo Civil de 2013*, Almedina, Coimbra, 2013

-- *Dados definitivos do Censos 2011*, Instituto Nacional de Estatística, 2012, disponível em: http://www.ine.pt/scripts/flex_definitivos/Main.html

-- *DSM-IV-TR - Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais*, American Psychiatric Association, 4.ª ed., Climepsi Editores PC, 2002
 - **FARIA, PAULO RAMOS DE/LOUREIRO, ANA LUÍSA**

-- *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil – os artigos da reforma*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2014
 - **FORCHIELLI, PAOLO**

-- “Dell’infermità di mente dell’interdizione e dell’inabilitazione: Art. 414-432”, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca/a cura di Francesco Galgano*, Nicola Zanichelli Editore, Bologna (editado também por: Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma), 1988
 - **GOMES CANOTILHO**

-- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, reimpressão/7.ª ed. 2003, Almedina, Coimbra, 2014
 - **GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA**

-- *Constituição da República Anotada: Artigos 1.º a 107.º*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007

-- *Guardianship, An Agend for Reform*, American Bar Association, Commission on the Mentally Disabled, Commission on the Legal Problems of the Elderly, 1989, disponível em: <http://www.guardianshipsummit.org>

- *Guia para a Intervenção em Maiores em Situação de Incapacidade*, Ministério do Trabalho e da Solidariedade, Instituto para o Desenvolvimento Social, 1.ª ed., Lisboa, 2002, disponível em: <http://www.forma-te.com/mediateca/download-document/16641-guia-de-intervencao-com-pessoas-em-situacao-de-incapacidade.html>
- **IANNIRUBERTO, GIUSEPPE**

-- “Natura giuridica e parti del processo d’interdizione e d’inabilitazione”, *Rivista di diritto processuale*, Padova, s. 2, a. 43, n.º 4 (Outubro-Dicembre 1989)
 - **JOHNSON, MALCOLM L.**

-- *The Cambridge Handbook of Age and Ageing*, Cambridge University Press, 2005
 - **JÚNIOR, NELSON NERY**

-- “Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária”, *Justitia*, n.º 48 (135), jul./set. 1986
 - **LATAS, ANTÓNIO JOÃO/VIEIRA, FERNANDO**

-- *Notas e Comentários à Lei de Saúde Mental*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004
 - **MEDEIROS, MARIA BERNARDETTE DE MORAES**

-- “A antonímia proteção/exclusão presente nos estatutos da interdição/curatela”, *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n.º 60 (Ago.2007-Abr.2008)
 - **MENDES, ANTÓNIO ALFREDO**

-- “A interdição como instrumento de protecção ao incapaz”, *Jurismat – Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes*, Portimão, n.º 1 (2012)
 - **MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO**

-- *Tratado de Direito Civil Português*, I, Pessoas, tomo III, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007
 - **MIRANDA, JORGE MIRANDA/MEDEIROS, RUI**

-- *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010
 - **MIZIARA, DANIEL SOUZA CAMPOS**

-- “Interdição judicial da pessoa com deficiência intelectual”, *Revista do Advogado*, São Paulo, a. 27, n.º 95 (Dez. 2007)
 - **MYRON, F.**

-- *Clinical Manual of Alzheimer Disease and Other Dementias*, American Psychiatric Association, 2012
 - **PINHEIRO, JORGE DUARTE**

-- “As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres: incapacidades e suprimento: a visão do jurista”, *O direito*, Coimbra, a. 142, n.º 3 (2010); igualmente disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/600-886.pdf>

- *Plano Nacional de Saúde Mental 2007-2016*, Coordenação Nacional para a Saúde Mental, disponível em:
<http://adeb.pt/ficheiros/uploads/02a75f2c0346f49717d171c23b7f56a2.pdf>
- *Programa Nacional para a Saúde Mental*, Direção-Geral da Saúde, disponível em:
<https://www.dgs.pt/estatisticas-de-saude/estatisticas-de-saude/publicacoes/portugal-saude-mental-em-numeros-2013.aspx>
- **POIRIER, DONALD**

-- *Les personnes physiques et les incapacités*, Bruylant, Bruxelles, 1997 (também editado por Les Éditions Yvon Blais Inc., 1997)
 - **RAGAZI, JOSÉ LUIZ/ARAÚJO, LUIZ ALBERTO DAVID**

-- “A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência”, *Revista do Advogado*, São Paulo, a. 27, n.º 95 (Dez. 2007)
 - **REIS/ALBERTO DOS**

-- *Processos Especiais*, vol. I, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1982
 - **SANTOS, EMÍDIO**

-- *Das Interdições e Inabilitações*, Quid Juris, Lisboa, 2011
 - **SERRA, ANTONIO MARIA DE CARVALHO D’ALMEIDA**

-- “Interdição por demencia”, *O Mundo Legal e Judiciário*, Lisboa, a. 20, n.º 17 (Jun. 1906)
 - **SILVA, MANUEL DIAS**

-- *Processos civis especiaes*, 2.ª ed., Coimbra, 1919
 - **TOR, P.**

-- *Finding Incompetency in Guardianship. Standardizing the Process*, *Arizona Law Review*, vol. 35, n.º 3, 1993
 - **TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E**

-- “Tutela Jurisdicional das Pessoas Portadoras de Deficiência”, *Revista do Advogado*, São Paulo, a. 27, n.º 95 (Dez. 2007)
 - **VELLANI, MARIO**

-- “Alcune considerazioni sull’esame dell’interdicento o dell’inabilitando”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, a. 49, n.º 3 (Settembre 1995)
 - **VÍTOR, PAULA TÁVORA**

-- *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008

A Interdição e Inabilitação no Ordenamento Jurídico Português: Notas de enquadramento de direito material e breve reflexão face ao direito supranacional

Trabalho realizado e apresentado em Fevereiro de 2015, no âmbito da Formação Comum do 1º Ciclo, do 31º Curso Normal de Formação de Magistrados para os Tribunais Judiciais, na Jurisdição de Direito Civil e Processual Civil e Comercial, tendo como Docentes as Dras. Margarida Paz e Laurinda Gemas.

Diana Isabel Mota Fernandes

Sumário:

Introdução. I. Enquadramento Supranacional. II. A Interdição e Inabilitação no Ordenamento Jurídico Português: Breve Enquadramento de Direito Material. 1. Enquadramento Constitucional. 2. Enquadramento de Direito Civil. III. Em busca de outras soluções. IV. Algumas reflexões finais. Bibliografia

Introdução

O presente trabalho respeita aos Institutos da interdição e inabilitação no ordenamento jurídico português. Nele se pretende apresentar algumas notas de direito supranacional, constitucional e de direito material, com o objectivo final de realizar uma breve reflexão crítica do actual regime jurídico português face ao direito supranacional e, bem assim, à actual realidade social, em especial no que concerne as problemáticas relativas aos cidadãos adultos especialmente vulneráveis, seja em razão da idade, ou de uma (outra) situação de incapacidade.

A relevância da problemática da incapacidade dos adultos torna-se ainda mais evidente quando atentamos à importância e implicações destas problemáticas em termos sociais, como será explicado de seguida. Com efeito, o progressivo envelhecimento da população no mundo ocidentalizado¹ tem gerado preocupação a vários níveis, desde a sustentabilidade do Estado Providência até aos desafios que esse processo gera relativamente aos cuidados exigidos por uma sociedade envelhecida². Entidades supranacionais, governos nacionais e universidades

¹ Dados estatísticos oficiais do Eurostat disponíveis in http://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Population_structure_and_ageing.

² Esta questão é alvo frequente de atenção mediática, bem como objectos de estudo pelas Universidades e entidades governamentais e supra-nacionais. Veja-se, por exemplo, a notícia recente divulgada pelo Centro

têm dado atenção a estes temas, procurando soluções para lidarem com as dificuldades que se prevê que se agravem no futuro³.

A deficiência coloca também, para além dos aspectos mais directamente associados à promoção da qualidade de vida através da disponibilização de cuidados de saúde específicos, desafios importantes, nomeadamente ao nível da igualdade material, da inclusividade e da participação. Refira-se a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006 (a qual se irá abordar com detalhe ao longo deste trabalho), e o seu objectivo de *“desenvolver serviços de reabilitação e suporte, assegurar protecção social adequada, criar políticas e programas inclusivos, e fazer cumprir standards já existentes bem como novos, em benefício de pessoas com deficiência e da comunidade”*⁴. Como veremos, este documento fulcral realça a necessidade de se reconhecer *“a importância, para as pessoas com deficiência, da sua autonomia e independência individual, incluindo a liberdade de fazerem as suas próprias escolhas”*.

Por último, o estudo sociológico da deficiência mental e da doença mental tem levantado, ao longo de décadas, questões importantes como a deterioração da identidade e o estigma (Goffman, 1963), associados à discriminação. O controlo social e a disciplina (Foucault, 1975) em estreita conexão com as "instituições totais" como o asilo e, actualmente, o hospital psiquiátrico (Goffman, 1961) são questões essenciais.

Perante os efeitos “desempoderadores” destas condições, vários processos tornam problemática, para estas pessoas, a manutenção da sua autonomia e a capacidade de escolha. O diagnóstico psiquiátrico, a deficiência e o envelhecimento levam à construção potencialmente desumanizadora de papéis sociais de “velho”, “deficiente” ou “louco” através de ‘carreiras morais’ (Goffman, 1959) que podem conduzir a uma ‘alienação social’ (Goffman, 1959). São relevantes, a este respeito, as representações sociais e construções de identidade da velhice (Gil e Santos, 2012), tal como as representações e atitudes perante a deficiência e a doença mental (Loureiro, Dias e Aragão, 2008). É indubitável que, na sociedade actual, o preconceito e a discriminação se estendem a estas condições.

Regional de Informação das Nações Unidas, <http://www.unric.org/pt/actualidade/26453-envelhecimento-da-populacao-e-um-dos-maiores-desafios-da-europa>. Sobre o envelhecimento em Portugal cf., v.g., Rosa, (2012).

³ Cf. o relatório produzido pelo Comité de Protecção Social do Conselho da União Europeia (2014). Cf., igualmente, Rosa (2013).

⁴ Esta descrição da Convenção é apresentada no *website* oficial da Organização das Nações Unidas relativo ao *World Report on Disability*, de 2011, disponível online in http://www.un-ngls.org/spip.php?page=article_s&id_article=3478.

A consequente destituição do direito de autonomia e de capacidade de escolha destas pessoas, da própria capacidade de gerirem as próprias vidas, afecta várias dimensões das suas vidas, incluindo a material. Em todas estas situações há uma perda de autonomia e uma situação de dependência relativamente a terceiros (familiares, cuidadores, instituições de solidariedade social, etc.). De certa maneira, as pessoas próximas podem tornar-se tacitamente “empresários morais” (Becker, 1980: 108-109) mas também materiais, ao serem os responsáveis pelas escolhas, mas também pela administração dos bens dessas pessoas. O alerta relativo à importância da autonomia e liberdade de escolha na deficiência supra citado é igualmente válido para as outras duas situações sob discussão.

Ora, é precisamente a dimensão de protecção jurídica que surge como parte integrante dos desafios da inclusividade, em especial no que concerne ao reconhecimento de que o adulto com incapacidade é um – igual – sujeito perante a lei, dotado de personalidade jurídica e com direito a que sejam levadas a cabo medidas adequadas à promoção do exercício da sua capacidade jurídica com a máxima autonomia possível.

Após reflectir sobre este ponto de partida, neste trabalho procurou proceder-se, na Secção I, a um breve enquadramento supranacional, elencando e abordando alguns dos instrumentos jurídicos supranacionais mais marcantes para a problemática do papel do indivíduo com incapacidade perante a lei.

Continuou-se, na Secção II, com a apresentação de referências contextualizadoras dos institutos da interdição e inabilitação no ordenamento jurídico português, com breves enquadramentos de direito constitucional e de direito material, elencando conceitos fundamentais relativos à incapacidade decorrente da interdição e inabilitação e respectiva conformação na doutrina e jurisprudência nacionais, com referência aos meios actualmente previstos de suprimento da incapacidade decorrente da interdição e inabilitação (e incluindo, ainda, uma brevíssima panorâmica de cariz mais adjectivo, debruçando-se, *v.g.*, sobre a publicidade da acção, a legitimidade activa, o papel do conselho de família e o valor dos actos praticados).

Na Secção III, apresentam-se algumas soluções alternativas, em particular em sede de direito comparado, as quais, pela sua originalidade e sucesso se destacaram no quadro europeu.

O enquadramento esboçado nas secções anteriores permitiu, finalmente, na Secção IV, levar a cabo algumas reflexões finais a respeito do *status quo*, mas, especialmente a respeito daquilo que o futuro poderá trazer, em breve, para o nosso ordenamento jurídico no que concerne a respostas aos hodiernos desafios colocados pelos direitos dos cidadãos adultos com incapacidade.

I. Enquadramento Supranacional

No âmbito da protecção dos adultos com incapacidade, com deficiência física, deficiência mental, doença mental ou idosos, merecem especial destaque, na esfera supranacional, os seguintes instrumentos:

- Recomendação da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa 818 (1977) relativa à situação dos doentes mentais
- Resolução n.º 46/91 da Assembleia Geral das Nações Unidas
- Recomendação da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa 1235 (1994) sobre psiquiatria e direitos humanos
- Convenção do Conselho da Europa para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, adoptada e aberta à assinatura em Oviedo, a 4 de Abril de 1997 (“Convenção de Oviedo”)
- Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa (99) 4, sobre os princípios respeitantes à protecção jurídica dos maiores incapazes, adoptada pelo Comité de Ministros a 23-02-1999
- Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa 1418 (1999), a respeito da protecção dos direitos humanos e a dignidade dos doentes terminais
- Convenção da Haia de 13 de Janeiro de 2000, relativa à Protecção Internacional de Adultos
- Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa (2004) 10, a respeito da protecção dos direitos humanos e da dignidade das pessoas com doença mental, adoptada pelo Comité de Ministros a 22-09-2004
- Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa (2006) 5, a respeito do Plano de Acção para a promoção dos direitos e plena participação na sociedade das pessoas com deficiência, adoptada pelo Comité de Ministros a 05-04-2006
- Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa 1796 (2007), a respeito do situação dos idosos na Europa
- Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa (2009) 6, a respeito do envelhecimento e da deficiência
- Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa (2014) 2, a respeito da promoção dos direitos humanos dos idosos, adoptada pelo Comité de Ministros a 19-02-2014
- Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 13 de Dezembro de 2006

- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2010/C 83/02)
- Convenção Europeia dos Direitos Humanos

De entre estes instrumentos de direito internacional, assumem particular relevo para a temática a abordar os que, seguidamente, serão alvo de algumas – breves – considerações.

Em primeiro lugar, a **Resolução n.º 46/91, da Assembleia Geral das Nações Unidas**, que consagrou os denominados Princípios das Nações Unidas para as Pessoas Idosas. Estes Princípios incluem a independência, participação, cuidados, auto-realização e dignidade do cidadão idoso.

Ainda no domínio da *soft law*, a **Recomendação do Conselho da Europa (99) 4**, sobre os princípios respeitantes à protecção jurídica dos maiores com incapacidade, merece uma referência mais detalhada.

Com efeito, este documento (segundo a Doutrina da Alternativa Menos Restritiva), veio estabelecer uma série de princípios basilares neste âmbito da protecção dos indivíduos adultos incapazes, colocando em destaque, nomeadamente, a proporcionalidade em sentido estrito (princípio n.º 6), a necessidade e subsidiariedade (princípio n.º 5), a preservação máxima da capacidade (princípio n.º 3), a flexibilidade nas respostas legais (princípio n.º 2), o processo justo e eficaz (princípio n.º 7), a proeminência do interesse e do bem-estar da pessoa visada (princípio n.º 8), o respeito pelos desejos e sentimentos da pessoa visada (princípio n.º 9) e o direito a ser ouvido pessoalmente (princípio n.º 13).

Mais uma nota: esta Recomendação destaca, de forma expressa, que as declarações de vontade antecipadas devem ser reconhecidas e reguladas de modo a assegurar a protecção dos interesses do indivíduo – futuramente – incapacitado (princípio n.º 2, parágrafo 7).

A Recomendação de 1999 veio, assim, abrir caminho para um entendimento mais amplo do conceito de incapacidade, cotejando-o com o reconhecimento dos direitos humanos dos indivíduos em causa e a sua individualidade, face ao princípio da igualdade material.

Merece também referência a **Convenção da Haia de 13 de Janeiro de 2000 Relativa à Protecção Internacional de Adultos**. Este instrumento de direito internacional foi ratificado pelo Estado Português em 14-06-2014, cf. Resolução da Assembleia da República n.º 52/2014.

Esta Convenção veio dar resposta a variados problemas de direito internacional privado respeitantes a conflitos de competência territorial decorrentes da crescente mobilidade de indivíduos adultos idosos, mormente os relativos aos regimes legais de protecção de bens e de medidas urgentes de protecção de indivíduos em situação vulnerável. Este diploma acautela, designadamente, as disposições respeitantes a tais questões quando estas são efectuadas pelos próprios indivíduos, ao abrigo da respectiva legislação nacional, sempre que esta o permite. Por outro lado, estabelece regras de reconhecimento e execução de decisões

estrangeiras, bem como mecanismos de cooperação entre autoridades dos Estados aderentes. Deste modo, vem acautelar importantes objectivos da Convenção da ONU, em particular os constantes dos seus artigos 12.º (reconhecimento legal) e 32.º (cooperação internacional), nos termos que *infra* serão abordados.

Especialmente interessante por se debruçar sobre a problemática do envelhecimento e dos direitos dos cidadãos idosos, esta Convenção possui uma estrutura similar à da sua congénere em matéria de responsabilidades parentais e medidas de protecção da criança, naturalmente, com as adaptações necessárias às especificidades do adulto, que é especialmente vulnerável. Destaca-se o seu artigo 3.º, no qual são elencados, de modo não exaustivo, os tipos de medidas de protecção nela contemplados.

A este respeito, é, igualmente, de destacar o **Relatório da Comissão dos Assuntos Jurídicos, do Parlamento Europeu, de 24-11-2008, com a referência (2008/2123(INI))**.

Neste documento, que contém recomendações à Comissão sobre a protecção jurídica dos adultos e implicações transfronteiriças, a Comissão dos Assuntos Jurídicos, do Parlamento Europeu, veio interpelar a Comissão a respeito das questões jurídicas que poderão afectar os adultos vulneráveis.

Desde logo,

“[s]olicita[ndo] à Comissão que financie a realização de um estudo comparativo da legislação dos Estados Membros relativa aos adultos vulneráveis e às medidas para a sua protecção com vista a controlar os pontos susceptíveis de levantarem questões jurídicas e que medidas serão necessárias a nível da UE ou dos Estados-Membros para resolver essas questões; considera que o estudo deverá também ocupar-se da questão dos adultos com deficiências intelectuais colocados em instituições, no que respeita à sua tutela e à sua capacidade de exercerem os seus direitos; insta a Comissão a organizar uma série de conferências dirigidas a juristas directamente ligados a esses casos e a tomar em consideração na futura legislação resultados e os pontos de vista dos profissionais” (PONTO 6).

Merece também especial destaque o facto de este

“[i]nsta[r] os Estados-Membros a assegurarem que as medidas de protecção adoptadas sejam proporcionais ao estado dos adultos vulneráveis, para que não se neguem a cidadãos da UE direitos legais que estes ainda tenham capacidade para exercer” (PONTO 7).

Este Relatório recorda, ainda,

“que nem todos os adultos vulneráveis o são por força da idade e solicita que sejam tomadas medidas para reforçar a protecção jurídica e os direitos, não apenas dos

adultos vulneráveis idosos, como também daqueles adultos cuja vulnerabilidade é imputável a grave deficiência física e/ou mental, e que as necessidades destes últimos sejam também tidas em conta aquando da adopção de futuras medidas sociais tendentes a garantir os referidos direitos” (PONTO 10).

Finalmente, destaca-se a importância do respeito pelo princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade, bem como pelos direitos fundamentais dos cidadãos (PONTO 11).

Na sequência deste Relatório, Estados-Membros da União Europeia como Portugal, que ainda não haviam ratificado a Convenção da Haia de 13 de Janeiro de 2000 Relativa à Protecção Internacional de Adultos, vieram proceder à sua ratificação, cf. *supra*.

Igualmente no domínio da *soft law*, destaca-se a **Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa (2004) 10**, a respeito da protecção dos direitos humanos e da dignidade das pessoas com doença mental, adoptada pelo Comité de Ministros a 22-09-2004.

Este instrumento foi redigido com propósito expreso de harmonização e estabelecimento de critérios mínimos no tratamento (em sentido amplo) das pessoas com doença mental (incluindo o seu tratamento, em sentido clínico, e institucionalização involuntárias). Nele se prevêem princípios, critérios mínimos de actuação e regras procedimentais relativamente a essas pessoas, incluindo expressamente crianças e jovens, mulheres grávidas, indivíduos que cometeram crimes ou especialmente vulneráveis por outros motivos. Saliencia-se que a mesma se aplica a pessoas com doença mental, aferida do ponto de vista estritamente clínico e sem considerações relativamente à adaptação da pessoa a standards morais, sociais, políticos ou outros (cf. artigo 2.º).

Como se encontra expressamente previsto no artigo 1.º, esta Recomendação *“visa a melhoria da protecção da dignidade, direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas com doença mental, em particular aquelas que são sujeitas a institucionalização involuntária ou tratamento involuntário”*.

Mais concretamente, consagrando o Princípio da restrição mínima da liberdade, no âmbito do internamento (artigo 8.º) esta Recomendação estabelece critérios mínimos para o internamento involuntário (artigo 17.º), bem como critérios mínimos e princípios a adoptar para o tratamento involuntário de indivíduos nestas condições (artigos 18.º e 19.º).

Importa, ainda, fazer uma breve referência à **Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa (2006) 5**, a respeito do Plano de Acção para a promoção dos direitos e plena participação na sociedade das pessoas com deficiência, adoptada pelo Comité de Ministros a 05-04-2006.

Os Princípios conformadores deste Plano de Acção são a não discriminação, a igualdade de oportunidades, a completa participação em sociedade de todas as pessoas com deficiência, o respeito pela diferença e a aceitação da deficiência como parte da diversidade humana, a dignidade e a autonomia individual – incluindo a liberdade de cada um fazer as suas próprias escolhas –, a igualdade entre homens e mulheres e, finalmente, a participação, no sentido da participação das pessoas com deficiência em todas as decisões que afectem as suas vidas, tanto a nível individual como a nível comunitário, por meio das suas organizações representativas.

Dando concretização a estes Princípios, de entre as temáticas abordadas nesta Recomendação, destaca-se a participação na vida política e na vida pública (n.º 1), a participação na vida cultural (n.º 2), a informação e a comunicação (n.º 3), a educação (n.º 4), o emprego, a orientação profissional e formação (n.º 5), a protecção social (n.º 12), a protecção legal (n.º 13), a protecção contra violência e abusos (n.º 14), e a consciencialização (n.º 15).

Em resumo, este Plano de Acção – **Plano de Acção 2006-2015, do Conselho da Europa**, que se encontra agora na sua fase final –, em conformidade com a Convenção da ONU, estabelece que o indivíduo com deficiência tem o direito de ser reconhecido como sujeito de direitos em todo o lado, indicando aos Estados-Membros que, sempre que for necessária assistência para o exercício da capacidade jurídica, esta deverá ser devidamente salvaguardada.

A **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia** consagra, no seu artigo 1.º, o princípio da dignidade do ser humano, e, no seu artigo 3.º, o direito à integridade do ser humano, incluindo, no n.º 1, o direito ao respeito pela sua integridade física e mental e, no n.º 2, o respeito pelo consentimento livre e esclarecido no domínio da medicina e da biologia. A consagração do princípio da igualdade encontra-se no artigo 20.º e, no artigo 21.º, encontra assento o princípio da não discriminação em razão, designadamente, das características genéticas, deficiência ou idade.

De forma mais concreta, o artigo 26.º, a respeito da integração das pessoas com deficiência, prescreve que “[a] União reconhece e respeita o direito das pessoas com deficiência a beneficiarem de medidas destinadas a assegurar a sua autonomia, a sua integração social e profissional e a sua participação na vida da comunidade”.

É digno de nota o facto de a Carta prever explicitamente os “direitos do envelhecimento” (expressão utilizada por Gomes Canotilho e Vital Moreira, 2007), dedicando-lhes, inclusivamente, uma norma autónoma. Com efeito, no seu artigo 25.º, a Carta vem consagrar os direitos das pessoas idosas, com o seguinte texto: “[a] União reconhece e respeita

o direito das pessoas idosas a uma existência condigna e independente e à sua participação na vida social e cultural.”

Trata-se de normativos francamente originais em instrumentos de direito supranacional, os quais costumam ser menos detalhados nestas áreas, conforme se pode, aliás, constatar pela comparação com o diploma que, de seguida, se irá abordar, assim colocando em destaque a relevância da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

A **Convenção Europeia dos Direitos Humanos** consagra, entre outros, os princípios do direito à liberdade e segurança (artigo 5.º), do direito a um julgamento justo (artigo 6.º) e do direito ao respeito pela vida privada e familiar (artigo 8.º), os quais encontram aplicação directa nesta problemática.

Com efeito, estes princípios têm sido convocados perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) em casos respeitantes a decisões judiciais de declaração da incapacidade de adultos, implicando, em algumas situações, o internamento destes.

Note-se que foi apenas em 1979, com o caso *Winterwerp c. Países Baixos*⁵, que o TEDH emitiu a sua primeira decisão significativa a respeito dos direitos das pessoas com deficiência (no caso, o requerente tinha deficiência mental). Após um – quase – hiato de vários anos, com a chegada do novo milénio, assistiu-se a um incremento da actividade deste Tribunal no que concerne aos direitos da pessoa com deficiência e/ou doença mental: como apontam Peter Bartlett, Oliver Lewis e Oliver Thorold (2007: 3), só “[e]ntre 2000 e 2004, foram proferidas mais de quarenta decisões pelo TEDH relativamente a deficiência mental ou o internamento em instalações psiquiátricas e similares”.

A título de exemplo, referindo casos recentes⁶, a respeito da privação da capacidade jurídica, cf. *Shutukaturov c. Rússia, Ivinovic c. Croácia*; a respeito das limitações às responsabilidades parentais, cf. *Kutzer c. Alemanha, Saviny c. Ucrânia, A.K. e L. c. Croácia, Smitriv Ryabov c. Rússia*; a respeito da (in)capacidade matrimonial, cf. *Lashin c. Rússia*; a respeito da privação do direito de voto, cf. *Alajos Kiss c. Hungria, Gajcsi c. Hungria, Harmati c. Hungria*. Esta problemática tem, no entanto, tratamento jurisprudencial do TEDH desde o fim dos anos setenta do século passado.

Nos casos marcantes *Winterwerp c. Países Baixos, Kedzior c. Polónia, Sykora c. República Checa, Mihailovs c. Letónia, X e Y c. Croácia, Shukaturov c. Rússia, Salontaji-Drobnjak c. Sérvia, Stanev c. Bulgária*, ou *D.D. c. Lituânia*, os requerentes haviam sido declarados incapazes, sendo-lhes retirada capacidade jurídica e, em alguns casos, sendo sujeitos a internamento,

⁵ Para um detalhado estudo deste caso, cf. Julio Arboleda-Flórez *et. al.* (2012: 204 e seguintes.)

⁶ Disponíveis em <http://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw>.

sem que tivessem sido, no entendimento do TEDH e na óptica dos Princípios consagrados na Convenção, respeitados o seu direito a um julgamento justo, *maxime*, o direito a serem ouvidos, levando, em alguns casos, à violação do seu direito à liberdade e à segurança.

A título de exemplo, no caso *D.D. c. Lituânia*, o TEDH entendeu que só pelo facto de um indivíduo ser considerado incapaz e necessitar de ser sujeito a tutela não significa que este seja de todo incapaz de expressar o seu ponto de vista a respeito da sua própria situação, mesmo se – sobretudo se – estiver em desacordo com a actuação do seu tutor. Nesses casos, entende o TEDH, este indivíduo deverá ter o direito de ser ouvido e de apresentar perante os tribunais nacionais os seus interesses e desejos, seja pessoalmente, seja através de uma outra forma de representação.

Concretizando a sua posição a respeito do papel do juiz nestes processos, o TEDH, no caso *X e Y c. Croácia*, entendendo haver uma violação do artigo 8.º, veio decidir no sentido de que

“(…) é ao juiz e não ao médico, mesmo tratando-se de psiquiatra, que cabe avaliar todos os factos relevantes a respeito da pessoa em questão, bem como as suas circunstâncias pessoais. É tarefa do juiz conduzir o processo por forma a decidir se uma medida tão extrema [interdição] é necessária, ou se uma medida menos gravosa será suficiente. Quando esteja em causa um interesse de tal importância para a vida privada de um indivíduo, o juiz terá que ponderar todos os factores relevantes, de modo a avaliar a proporcionalidade da medida a aplicar”. (tradução nossa).

Em articulação com estes princípios, o TEDH tem também considerado que, em alguns processos de interdição e inabilitação, em particular no que concerne ao direito à reavaliação da situação do interdito ou inabilitado, o direito ao respeito pela vida privada e familiar (consagrado no artigo 8.º) foi posto em causa. Designadamente, no caso *Berková c. Eslováquia*, a existência de prazos fixos para a reavaliação da situação do indivíduo interdito foi entendida pelo TEDH como altamente atentatória deste direito.

Finalmente, no já referido caso *Shtukurov c. Rússia*, o TEDH entendeu, igualmente, haver uma violação do artigo 8.º, por o regime jurídico russo prever como pressuposto único da interdição a existência de uma deficiência mental ou de uma doença mental. Para este Tribunal, a ausência de previsão legal de outros factores e a inexistência de uma gradação da incapacidade, eram gravemente atentatórias dos direitos fundamentais dos indivíduos, em particular, no que concerne ao direito ao respeito pela vida privada e familiar.

Mas é a *supra* referida **Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 13 de Dezembro de 2006**, que assume, neste âmbito, um papel

primordial, como peça-chave de uma tão necessária como ansiada mudança de paradigma dos direitos das pessoas com deficiência.

Como sumariado no Relatório relativo à implementação desta Convenção da ONU no âmbito das relações externas da União Europeia, da Directoria-Geral de Política Externa – Directoria B – Departamento de Políticas:

“A Convenção das Nações Unidas reafirma e codifica os direitos humanos das pessoas com deficiência existentes, sem criar nenhum direito novo, nem colocar estas numa posição privilegiada em comparação com os seus pares sem deficiência.

A Convenção das Nações Unidas é o primeiro tratado de direitos humanos das Nações Unidas que oferece um enquadramento exaustivo para a monitorização da sua implementação a nível nacional. Em todos os processos, deve ser tomado o devido cuidado para que tenha lugar o adequado envolvimento de organizações de pessoas com deficiência.

A Convenção reconhece os direitos humanos como universais e inalienáveis, [pelo que] a sua protecção deverá ser alargada para além da jurisdição dos Estados contratantes e incluir pessoas com deficiência em países terceiros. É, deste modo, proporcionada uma base legal para a inclusão de uma perspectiva da deficiência em todas as iniciativas de cooperação ao nível internacional.

A cooperação internacional deverá englobar direitos civis, políticos, económicos sociais e culturais, incluindo a cooperação entre Estados soberanos e organizações de âmbito regional e internacional, respeitando a sua dupla abordagem.” (página 7).

Este instrumento de direito internacional é amplamente referido como “a Convenção das primeiras vezes”. Pela primeira vez, a União Europeia ratificou um tratado internacional de direitos humanos. Igualmente pela primeira vez, as pessoas com deficiência foram consideradas pelo direito internacional como titulares de direitos em pé de igualdade com os demais indivíduos.

Pode dizer-se que esta Convenção veio alterar o paradigma do direito das pessoas com deficiência, evoluindo de um modelo clínico para um *modelo social* de deficiência (FRA, 2013: 9. Destacado nosso). Desde logo, porque a Convenção, embora não incluindo no seu texto (designadamente, no seu artigo 2.º, onde são elencadas várias definições) uma definição unívoca de deficiência, vem, no seu artigo 1.º, declarar o seguinte:

“As pessoas com deficiência incluem aqueles que têm incapacidades físicas, mentais, 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.”

(Artigo 1.º)

Ou seja, temos aqui patente um claro afastamento do modelo clínico, tradicional, de deficiência, avançando-se no sentido de um entendimento social desta. De acordo com este entendimento, é finalmente reconhecido que

“(...) as pessoas com deficiência experienciam a deficiência como uma restrição social, seja quando tais restrições ocorrem em consequência de ambientes construídos de forma a serem inacessíveis, noções questionáveis de inteligência e competências sociais, a incapacidade da população em geral de utilizar linguagem gestual, a falta de material de leitura em Braille ou atitudes públicas hostis a pessoas com deficiências não perceptíveis à vista desarmada” (R.K. Scotch, 2000, *apud* Clifford, 2011: 12. tradução nossa).

É no artigo 12.º que encontramos as mais interessantes potencialidades desta Convenção. Com a epígrafe *“Reconhecimento igual perante a lei”*, este normativo é, efectivamente, considerado *“um dos [seus] aspectos simultaneamente mais difíceis mas interessantes e inovadores”*, contendo dentro de si *“um enorme potencial para a criação de mudanças positivas”* (Clifford, 2011: 15).

Artigo 12.º

Reconhecimento igual perante a lei⁷

1 - Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito ao reconhecimento perante a lei da sua personalidade jurídica em qualquer lugar.

2 - Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiências têm capacidade jurídica, em condições de igualdade com as outras, em todos os aspectos da vida.

3 - Os Estados Partes tomam medidas apropriadas para providenciar acesso às pessoas com deficiência ao apoio que possam necessitar no exercício da sua capacidade jurídica.

4 - Os Estados Partes asseguram que todas as medidas que se relacionem com o exercício da capacidade jurídica fornecem as garantias apropriadas e efectivas para prevenir o abuso de acordo com o direito internacional dos direitos humanos. Tais garantias asseguram que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica em relação aos direitos, vontade e preferências da pessoa estão isentas de conflitos de interesse e influências indevidas, são proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa, aplicam-se no período de tempo mais curto possível e estão sujeitas a um controlo periódico por uma autoridade ou órgão judicial competente,

⁷ Versão em língua portuguesa tal como publicada em Diário da República. Cf. *infra* as questões que se levantam relativamente à redacção do artigo 12.º, n.º 4, constante da mesma.

independente e imparcial. As garantias são proporcionais ao grau em que tais medidas afectam os direitos e interesses da pessoa.

5 - Sem prejuízo das disposições do presente artigo, os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas e efectivas para assegurar a igualdade de direitos das pessoas com deficiência em serem proprietárias e herdarem património, a controlarem os seus próprios assuntos financeiros e a terem igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e asseguram que as pessoas com deficiência não são, arbitrariamente, privadas do seu património.

Com efeito, o artigo 12.º vem reconhecer que o indivíduo com deficiência é um sujeito perante a lei, dotado de personalidade jurídica em pé de igualdade com os demais indivíduos. Como se pode ler no n.º 3, vem impôr aos Estados contratantes que levem a cabo medidas adequadas à promoção do exercício da capacidade jurídica dos indivíduos com deficiência, independentemente do tipo ou grau da mesma. Naturalmente, nas situações de deficiência/doença, física ou mental, mais incapacitante, as medidas mais adequadas poderão implicar a nomeação de um representante legal, com os limites e exigências estipuladas no n.º 4, no sentido do princípio da tomada de decisão (já patente na Recomendação (99) 4, ou seja, estipulando a preservação máxima da capacidade e a tomada de decisões *participada*, respeitando, como consagrado neste normativo, os “*direitos, vontade e preferências*” das pessoas.

Deste modo, “[a] Convenção vem facilitar um afastamento dos modelos decisórios ‘de substituição’ no sentido de sistemas de apoio concebidos de forma individualizada” (FRA, 2013: 9). Em suma, este documento consagra um conjunto de critérios que prometem transformar o modo de relacionamento entre a pessoa com deficiência e a sociedade em geral. Os objectivos na base da sua elaboração são claros:

“O artigo 12 da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência exige dos Estados contratantes o reconhecimento das pessoas com deficiência como indivíduos perante a lei, titulares de capacidade jurídica, incluindo a capacidade de agir, em pé de igualdade com outros. (...) É de destacar a centralidade desde artigo na estrutura da Convenção, bem como o valor dos seus instrumentos na conquista de outros múltiplos direitos.” (Conselho dos Direitos Humanos da Assembleia Geral da ONU, 2009: §43, *apud* FRA, 2013: 9. Tradução nossa.)

“A independência e autonomia pessoal não implicam que [uma pessoa] seja capaz de fazer tudo sozinha, mas sim que tem controlo sobre a sua vida e a possibilidade de tomar decisões e fazê-las respeitar pelos outros.” (Conselho da Europa, 2008, *apud* FRA, 2013: 9. tradução nossa.)

O Estado Português assinou a Convenção e o respectivo Protocolo em 30-03-2007, ratificando ambos, sem reservas, em 23-09-2009. A Convenção, foi, igualmente, ratificada pela União Europeia em 3-12-2010.

Como estipulado no artigo 8.º, n.º 2, da CRP, relativo ao Direito Internacional na nossa ordem jurídica, “[a]s normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.”.

Todavia, é digno de nota que, pese embora o Estado Português tenha ratificado *sem reservas* esta Convenção internacional, a versão portuguesa da mesma, publicada em Diário da República, apresenta uma significativa discrepância relativamente ao texto original, em língua inglesa, bem como francesa e espanhola. Note-se que, nos termos do artigo 50.º, “[o]s textos nas línguas árabe, chinesa, inglesa, francesa, russa e espanhola da presente Convenção são igualmente autênticos”⁸.

Mais concretamente, no número 4, do artigo 12.º, encontramos a seguinte variação. Se, por um lado, a versão em língua inglesa estatui o seguinte:

“Article 12

Equal recognition before the law

(...)

*4. States Parties shall ensure that all measures that relate to the exercise of legal capacity provide for appropriate and effective safeguards to prevent abuse in accordance with international human rights law. Such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity **RESPECT the rights, will and preferences of the person, are free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the person’s circumstances, apply for the shortest time possible and are subject to regular review by a competent, independent and impartial authority or judicial body. The safeguards shall be proportional to the degree to which such measures affect the person’s rights and interests.***” (destacados nossos).

Ao invés, na versão portuguesa, pode ler-se:

“Artigo 12.º

Reconhecimento igual perante a lei

(...)

4. Os Estados Partes asseguram que todas as medidas que se relacionem com o exercício

⁸ Embora apenas tenhamos feito o confronto entre as línguas portuguesa, inglesa, francesa e espanhola, por desconhecermos as demais versões.

*da capacidade jurídica fornecem as garantias apropriadas e efectivas para prevenir o abuso de acordo com o direito internacional dos direitos humanos. Tais garantias asseguram que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica **EM RELAÇÃO AOS [E NÃO “RESPEITAM OS”] direitos, vontade e preferências da pessoa [,]** estão isentas de conflitos de interesse e influências indevidas, são proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa, aplicam-se no período de tempo mais curto possível e estão sujeitas a um controlo periódico por uma autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial. As garantias são proporcionais ao grau em que tais medidas afectam os direitos e interesses da pessoa.”* (destacados nossos).

Ou seja, a Convenção, no seu texto original, *impõe* aos Estados contratantes que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica *respeitem* os direitos, vontade e preferências *da pessoa*. Imposição que se torna francamente diluída, se não mesmo inexistente, na versão portuguesa.

Não obstante, recordemos o estipulado no seu artigo 50.º, pelo que serão sempre essas as versões vinculativas para os Estados contratantes. Exceptuam-se, naturalmente, as versões decorrentes de uma ratificação *com reserva*. No entanto, o Estado Português não o fez, pelo que se encontra vinculado, *sem reservas*, ao texto da Convenção, na(s) sua(s) versão(versões) oficial(oficiais).

É digno de nota que se trata, precisamente, de um normativo de difícil concretização, que implica(ria?) uma verdadeira mudança de paradigma no ordenamento jurídico português, impondo, efectivamente, o abandono do actual sistema de protecção “de substituição”, que encontramos na tutela e, em menor âmbito, na curatela.

Como sabemos, o regime português caracteriza-se por dar primazia à segurança e certeza do comércio jurídico, isto é, dos terceiros que contratam com a pessoa com incapacidade. Diferentemente, nos termos da Convenção da ONU de 2006, o foco é colocado no próprio visado, melhor dizendo, na sua participação na tomada de decisão, não sendo pura e simplesmente “substituído”, mas sim cabendo-lhe, sempre que possível, a última palavra.

A recente **Resolução do Conselho de Ministros 68/2014, de 21 de Novembro**, veio “[d]esigna[r] os pontos de contacto nacionais e o mecanismo de coordenação nacional e estabelece o mecanismo nacional de monitorização da implementação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.” (in Sumário), o que parece indicar a vontade, por parte do Estado Português, em preparar o nosso ordenamento jurídico para proceder a alterações legislativas com a finalidade de implementar de regimes legais mais consentâneos com os ditames da referida Convenção.

Assim, nos termos do artigo 33.º, n.ºs 1 e 2, da Convenção, o Estado Português vem agora designar pontos de contacto com competência para lidar com questões relacionadas com a sua implementação no ordenamento jurídico português, bem como de diferentes mecanismos tendentes à promoção, protecção, monitorização e implementação da mesma, envolvendo, entre outros,

“representantes da Assembleia da República, do Provedor de Justiça, da Comissão Nacional para os Direitos Humanos, da Comissão para a Deficiência, de organizações da sociedade civil representativas de cada área de deficiência (deficiência visual, motora, intelectual, auditiva e orgânica) e por uma personalidade de reconhecido mérito, ligada ao meio académico” (cf. corpo do documento).

Temos vindo a assistir a reformas neste sentido em outros ordenamentos jurídicos próximos do nosso, designadamente, Itália (2004), Inglaterra e País de Gales (em 2005), França (em 2007), Alemanha (em 2008, na sequência de anteriores reformas que remontam a 1990), República Checa (em 2014) e Hungria (em 2014).

Aguarda-se, ainda, a publicação de reformas similares em Malta, na Bulgária e na Finlândia, como resultado do trabalho de diferentes grupos de trabalho e comissões de reforma (FRA, 2013: 28).

Seguindo a mesma linha evolutiva, em países como a Polónia e a Letónia, os tribunais superiores (em particular, os Tribunais Constitucionais) têm vindo a sindicar os respectivos regimes legais, que consagram sistemas de protecção “de substituição”, em que a capacidade jurídica é excluída ou limitada, em prol de um modelo de assistência e cuidados mais flexível, mais consentâneo com os ditames da Convenção da ONU, de 2006 (FRA, 2013: 27-28).

II. A Interdição e Inabilitação no Ordenamento Jurídico Português: Breve Enquadramento de Direito Material

1. Enquadramento Constitucional

O regime legal da interdição e da inabilitação (regulados, respectivamente nos artigos 138.º-151.º e 152.º-156.º, todos do Código Civil – doravante CC) visa a protecção do indivíduo maior de idade que não é capaz de, por si só, reger a sua pessoa e bens, ou os seus interesses, conforme os casos. Para pensarmos o regime vigente temos que, previamente, convocar os princípios constitucionais, direitos fundamentais e direitos de personalidade que, simultaneamente, o baseiam e conformam.

A dignidade da pessoa humana é, a par com a vontade popular, a base da República, nos termos do artigo 1.º, da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP). Daqui decorre

que os indivíduos estão primeiro do que as instituições políticas, sendo sujeitos e não objecto de relações jurídico-sociais. Este princípio constitucional possui três dimensões, conforme ensinam Gomes Canotilho e Vital Moreira:

“a dignidade como dimensão intrínseca do ser humano, a dignidade como dimensão aberta e carecedora de prestações, a dignidade como expressão de reconhecimento recíproco.” (2007: 199)

Pelo que a dignidade da pessoa humana, no âmbito da temática da incapacidade, *“impõe (...) a construção de um sistema de protecção centrado nas suas necessidades, interesses e bem-estar. Reflecte-se, desta maneira, nos pressupostos e conteúdo substancial e processual do sistema de protecção legal, desde logo tendo em vista tanto garantir os direitos de audição e participação como relevar as manifestações de vontade esclarecidas prévias à incapacidade.” (Geraldo Rocha Ribeiro, 2010: 26)*

Intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, conforme resulta do artigo 13.º, n.º 1, da CRP, o Princípio da Igualdade (actualmente entendido como verdadeira igualdade material⁹), pressupondo, efectivamente,

“um conteúdo e dimensão materiais, assentes no tratamento igual para situações iguais e desigual para situações desiguais, por referência aos princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade.” (Geraldo Rocha Ribeiro, 2010: 26)

Ou seja, no caso dos adultos com incapacidade, o princípio da igualdade material impõe reequilíbrio entre capacidades e incapacidades/capazes e incapazes, mormente, o reconhecimento e promoção, designadamente, através do reconhecimento jurídico de instrumentos, da sua protecção, mas também da sua autonomia, autodeterminação e participação. Como conclui Geraldo Rocha Ribeiro:

“A igualdade no âmbito da protecção jurídica dos incapazes adultos visa, assim, assegurar a igualdade jurídica (possível) entre incapazes e capazes, ao impor ao ordenamento jurídico a regulamentação de instrumentos de cuidado que coloquem a pessoa concreta apta a participar, na medida do possível, na vida em sociedade.” (2010: 37)

O Princípio da Autodeterminação propriamente dito encontra-se previsto no artigo 26.º, da CRP, encontrando-se ínsito nesse preceito tanto o direito ao desenvolvimento da personalidade de um ponto de vista protectivo, i.e., de reconhecimento de um direito geral de

⁹ É, precisamente, a actual dimensão material do princípio da igualdade que leva Capelo de Sousa a sublinhar que *“a lei estabelece para interditos, inabilitados, dementes notórios e incapazes acidentais regimes especiais de incapacidade de exercício e por vezes mesmo de incapacidade de gozo, respondendo em sede de invalidades os actos por eles praticados.” (1995: 398).*

personalidade merecedor de protecção, como um direito geral de liberdade, nas palavras de Paulo Mota Pinto, como *“imperativo constitucional de tutela ao livre desenvolvimento da personalidade”* (1999: 164. No mesmo sentido, especificamente a respeito dos cidadãos adultos incapazes, referindo-se ao *“autodeterminado projecto de vida da pessoa e a sua realização”*, cf. Geraldo Rocha Ribeiro, 2010: 40).

É o Princípio do Estado Social, que encontra consagração na alínea d), do artigo 9.º, da CRP, que vem impôr ao Estado que este assegure o livre desenvolvimento da pessoa e que proteja a sua auto-determinação, nomeadamente, no que respeita à sua dignidade social, protecção da integridade pessoal e capacidade civil, em conformidade com o consagrado nos artigos 12.º (Princípio da Universalidade), 13.º (Princípio da igualdade, *supra* referido), 25.º (Direito à integridade pessoal), 26.º (consagrando outros direitos pessoais, como os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação, previstos no n.º 1, e impondo, no n.º 4, que as restrições à capacidade civil apenas e tão só se realizem nos casos e termos previstos na lei), 63.º (Direito à segurança social e à solidariedade), 64.º (Direito à protecção da saúde), 71.º (Direitos dos Cidadãos portadores de deficiência) e 72.º (Direitos das pessoas idosas ou *“direitos do envelhecimento”*, na expressão utilizada por Gomes Canotilho e Vital Moreira, 2007: 884), todos da CRP, como aponta Geraldo Rocha Ribeiro (2010: 61-62).

Especificamente a respeito dos direitos dos cidadãos portadores de deficiência, Gomes Canotilho e Vital Moreira ensinam o seguinte:

“O sentido fundamental deste preceito é o reconhecimento e protecção do direito dos cidadãos portadores de deficiência a gozarem dos mesmos direitos dos restantes cidadãos e a estares sujeitos aos mesmos deveres” (2007: 879),

explicitando, ainda, estes Autores que

“[se] trata (...), pois, antes de tudo, de um direito de igualdade, de um direito a não serem vítimas de uma capitis deminutio, não podendo ser privados de direitos, ou ver os seus direitos restringidos por motivos de deficiência, para além daquilo que seja consequência forçosa da deficiência (n.º 1); mas trata-se também (...) de um duplo direito positivo face ao Estado: de um lado, um direito ao tratamento e à reabilitação da sua deficiência (n.º 2, 1.ª parte) e, do outro lado, um direito à protecção do Estado para a ‘efectiva realização dos seus direitos’ de cidadão (como diz o n.º 2, in fine) (...).” (Gomes Canotilho e Vital Moreira, 2007: 879).

A respeito dos direitos do envelhecimento, consagrados no artigo 72.º, da CRP, Gomes Canotilho e Vital Moreira apontam que a política da terceira idade não se deve bastar nas

meras prestação materiais por parte do Estado, englobando igualmente medidas sociais e culturais, com respeito pela sua autonomia, com vista ao combate ao isolamento e marginalização social (2007: 884-885)¹⁰.

Finalmente, o Princípio da Proporcionalidade ou da Proibição do Excesso, composto pelos Subprincípios da Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em sentido estrito, com assento constitucional no artigo 18.º, da CRP, fornece ao nosso ordenamento jurídico limites às restrições de direitos fundamentais. No que especificamente concerne à protecção do cidadão adulto incapaz, estes limites impõem-se quando esteja em causa a restrição de direitos, por um lado, e no âmbito da protecção, por outro, nomeadamente, no que concerne à actuação do seu representante legal e à definição da sua residência ou institucionalização.

2. Enquadramento de Direito Civil

2.1 Conceitos fundamentais

A **personalidade jurídica** é uma qualidade de todos os seres humanos, que se reconduz directamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, consistindo na *“aptidão para ser titular autónomo de relações jurídicas”* (Mota Pinto, 1992: 199). Na definição de Manuel de Andrade, trata-se da *“idoneidade ou aptidão para receber – para ser centro de imputação deles – efeitos jurídicos (constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas)”* (1997: 30).

A personalidade jurídica adquire-se no momento do nascimento completo e com vida (artigo 66.º, n.º 1, do CC) e cessa com a morte, momento em que se extinguem os direitos e deveres pessoais e transmitindo-se os de natureza patrimonial para os sucessores *mortis causa* (artigo 68.º, n.º 1, do CC).

Quanto à **capacidade jurídica**, nos termos do disposto no artigo 67.º, do CC, *“as pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário: nisto consiste a sua capacidade jurídica”*.

A capacidade jurídica ou capacidade de gozo de direitos consiste, pois, na *“aptidão para ser titular de um círculo, maior ou menor, de relações jurídicas”* (Mota Pinto, 1992: 213) e é inerente à personalidade jurídica.

Por sua vez, a **capacidade de exercício de direitos ou capacidade de agir** traduz-se, como ensina Mota Pinto, na

“idoneidade para actuar juridicamente, exercendo direitos ou cumprindo deveres, adquirindo direitos ou assumindo obrigações, por acto próprio e exclusivo ou mediante um

¹⁰ Especificamente a respeito dos direitos dos idosos, cf. Renato Amorim Damas Barroso (2014).

representante voluntário ou procurador, isto é, um representante escolhido pelo próprio representado. A pessoa, dotada de capacidade de exercício de direitos, age pessoalmente, isto é, não carece de ser substituída, na prática dos actos que movimentam a sua esfera jurídica, por um representante legal (designado na lei ou em conformidade com ela) e age autonomamente, isto é, não carece do consentimento, anterior ou posterior ao acto, de outra (assistente)” (1992: 214).

A capacidade de exercício de direitos ou capacidade de agir pressupõe que a pessoa possa actuar pessoal e autonomamente.

Porém, se o “*sujeito capaz de exercício*”, nas palavras de Jorge Duarte Pinheiro (2010: 465), é o destinatário preferencial ou ideal das normas jurídicas, sucede que nem todos dispõem de tal aptidão. Em tais casos, verifica-se uma situação de incapacidade de exercício de direitos ou incapacidade de agir.

Não obstante esta situação de incapacidade, “[o] princípio da dignidade da pessoa humana e o reconhecimento de que a pessoa capaz é o destinatário comum das normas jurídicas implicam a fixação de um regime especial para as pessoas com deficiência” (*idem*: 467). Assim, a incapacidade de exercício de direitos pode ser geral ou específica, e é suprável através dos institutos da representação legal ou da assistência.

As incapacidades que se encontram – taxativamente – previstas no CC são as seguintes: menoridade (artigos 123.º ss), interdição (artigos 138.º ss), inabilitação (artigos 152.º ss), incapacidade natural ou de facto (artigos 257.º; 1601.º, alínea b); 1850.º, n.º 1; 2189.º, alínea b), e incapacidades (*rectius*, ilegitimidades, cf. Mota Pinto, 1992: 239-243¹¹) conjugais (artigo 1687.º).

Segundo Geraldo Rocha Ribeiro (2010: 79-80), podemos agrupar estas incapacidades em 3 grupos distintos: (1) aquelas que, tendo por base uma incapacidade duradoura, decorrem de uma avaliação judicial – inabilitação (152.º ss., do CC) e interdição (138.º ss., do CC) (“incapacidades judiciais”); (2) aquelas que decorrem do efeito automático da lei – menoridade (123.º ss., do CC) (“incapacidades legais”); (3) aquelas que decorrem de uma avaliação circunstancial e casuística – incapacidades naturais ou de facto.

¹¹ Seguindo este os ensinamentos de Manuel de Andrade, Pereira Coelho e Galvão Telles, no sentido de explicitar que não se pretende defender os cônjuges contra uma incapacidade natural decorrente do matrimónio, mas sim proteger os interesses do outro cônjuge e família, cf. artigo 1678.º, do CC.

2.2 Respostas do Ordenamento Jurídico Português

2.2.1 Respostas pontuais de protecção civil

Com uma visão holística, Jorge Duarte Pinheiro (2010: 471 ss.) analisa o regime especial da pessoa com deficiência e os instrumentos para protecção civil disponíveis no nosso Ordenamento Jurídico, que compreendem respostas pontuais e meios de protecção mais globais e duradouros.

No que concerne às denominadas **respostas pontuais de protecção civil**, destinadas a defender a pessoa contra a sua própria acção, as figuras da **incapacidade accidental** e dos **negócios usurários** constituem respostas pontuais de protecção civil e “*podem traduzir-se numa invalidação da acção da própria pessoa que carece de tutela ou numa legitimação da intervenção de terceiros em assuntos dessa mesma pessoa*” (idem: 472).

Assim, esta tutela da pessoa contra acções próprias, em caso de incapacidade accidental, permite, nos termos do disposto no artigo 257.º, n.º 1, do CC, que a declaração negocial feita por quem, devido a qualquer causa, se encontrava acidentalmente incapacitado de entender o sentido dela ou não tinha o livre exercício da sua vontade seja anulável, desde que o facto seja notório (isto é, quando uma pessoa de normal diligência o teria podido notar) ou conhecido do declaratório.

Por sua vez, conforme estipula o artigo 282.º, do CC,

“é anulável, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados”.

O instituto da **gestão de negócios**, previsto nos artigos 464.º e seguintes, do CC, legitima a intervenção de terceiros no interesse e por conta do respectivo dono, permitindo que uma pessoa assuma a direcção de negócio alheio, sem para tal estar autorizada.

O processo civil prevê outras formas de intervenção de terceiros. Assim, sempre que o incapaz não disponha de representante legal ou se verifique um conflito de interesses, há lugar à designação de curador, a quem cabe a prática dos actos que competiriam ao legal representante.

Note-se que, nos termos dos artigos 3.º, n.º 1, alínea a), e 5.º, n.º 1, alínea c), ambos do Estatuto do Ministério Público, cabe a esta Magistratura a representação dos denominados incapazes. Também como prescrevem os artigos 21.º e 23.º, do Código de Processo Civil, incumbe ao Ministério Público a defesa e a representação destes. Finalmente, no Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro, o legislador nacional veio estabelecer o papel do Ministério Público como decisor alternativo na defesa dos interesses desses indivíduos.

2.2.2 Meios de protecção mais globais e duradouros

As principais causas de incapacidade de exercício de direitos são resultantes da menoridade e da interdição ou inabilitação, sendo estes últimos os meios de protecção por excelência da pessoa com deficiência no nosso Ordenamento Jurídico.

Incapacidade decorrente da menoridade

Se é certo que a personalidade se adquire no momento do nascimento completo e com vida (artigo 66.º, n.º 1, do CC), não o é menos que os menores (aqueles que ainda não completaram 18 anos) carecem, em princípio, de capacidade para o exercício de [certos] direitos (artigo 123.º, do CC). Esta incapacidade cessa com a maioridade ou com a emancipação pelo casamento, nos termos do disposto no artigo 132.º, do CC. Se estiver pendente acção de interdição ou de inabilitação no momento em que o menor completar os 18 anos, esta incapacidade mantém-se até ao trânsito em julgado da respectiva sentença (artigo 131.º, do CC).

A incapacidade dos menores é geral, abrangendo quaisquer negócios de natureza pessoal ou patrimonial, pelo que, os actos praticados pelo menor são anuláveis, nos termos do disposto no artigo 125.º, do CC.

Todavia, esta regra comporta excepções. Nomeadamente, os menores maiores de 16 anos podem praticar os actos de administração ou de disposição de bens e os negócios jurídicos previstos no artigo 127.º, do CC, podem casar (acarretando a falta de consentimento dos pais ou do tutor a mera aplicação de sanções, nos termos do artigo 1601.º, do CC), podem perfilhar (artigo 1850.º, do CC) e, se emancipados, podem fazer testamento (artigo 2189.º, do CC).

A incapacidade dos menores é suprida pelo instituto da representação legal, através das responsabilidades parentais e, subsidiariamente, da tutela e/ou da administração de bens. Note-se que a incapacidade de gozo, designadamente ao nível do casamento, perfilhação e testamento, não é suprível.

Incapacidade decorrente da interdição e da inabilitação

A **interdição**, como sumariza Geraldo Rocha Ribeiro:

“é, antes de mais, entendida como uma incapacidade que visa tutelar os interesses do incapaz (...), [sendo a] capacidade mais do que uma avaliação clínica, (...) antes feita de forma situacional, incluindo a vertente relacional da vida da pessoa, o seu estado de saúde, bem como as suas características específicas. Implica, pois, uma avaliação personalizada, de forma concreta-subjectiva, ajustável às reais necessidades e interesses do adulto, pois, mais do que as

qualidades abstractas da pessoa, será em função da sua (in)capacidade situacional que serão decretadas quaisquer medidas de protecção”. (2010: 84-85. Destacado nosso).

Diferentemente, nas palavras de Heinrich Ewald Hörster, a **inabilitação** respeita a “*uma pessoa que se encontra com uma capacidade diminuída, sem a necessidade ou a possibilidade de uma interdição* (1992: 342).

Quanto aos indivíduos **interditos**, o CC estabelece expressamente a sua **incapacidade de gozo** para contrair casamento [artigo 1601.º, alínea b)], para perfilhar¹² (artigo 1850.º, n.º 1), para exercer as responsabilidades parentais [artigo 1913.º, n.º 1, alínea b)] e para testar [artigo 2189.º, alínea b)]¹³.

No que concerne à **incapacidade de exercício ou incapacidade de agir**, o CC, no seu artigo 139.º, equipara o interdito ao menor, aplicando-se-lhe, por conseguinte, com as devidas adaptações, o regime constante do disposto nos artigos 123.º e seguintes, e 1921.º e seguintes, todos do CC, que se analisou *supra*.

Não obstante, esta remissão não está isenta de críticas. Com efeito, estão em causa situações distintas e que convocam diferentes problemas e necessidades. Desde logo, porque a incapacidade decorrente da interdição é, diferentemente do que sucede com a menoridade, tendencialmente decrescente ou, caso contrário, imutável, ao contrário da da criança ou jovem, que evolui naturalmente no sentido do aumento da capacidade. Por outro lado, quando falamos de “interditos”, estamos a referir-nos a indivíduos adultos, pese embora as limitações decorrentes da sua situação, cujos direitos de personalidade clamam por autonomia e respeito, sempre que possível, pela sua vontade na tomada de decisões a eles respeitantes.

No que respeita aos indivíduos inabilitados, as suas incapacidades não decorrem directamente da lei (excepto no caso da inabilitação por anomalia psíquica), antes resultam de um juízo casuístico realizado pelo Tribunal.

Com efeito, o legislador distingue o indivíduo inabilitado por anomalia psíquica, estendendo apenas a este as incapacidades de gozo para contrair casamento [artigo 1601.º, alínea b), do CC] e para o exercício das responsabilidades parentais [artigo 1913.º, n.º 1, alínea b), do CC].

¹² Embora a paternidade do indivíduo interdito possa ser reconhecida por sentença, cf. artigos 1869.º ss, do CC.

¹³ Note-se que a exclusão do sócio ou associado interdito ou inabilitado do contrato de sociedade ou de associação (artigos 1003.º e 1005.º, ambos do CC) resulta das relações societárias, *maxime*, da vontade maioritária dos sócios em Assembleia Geral, e não da incapacidade daquele *per se* (neste sentido, com grande detalhe, cf. Geraldo Rocha Ribeiro, 2010: 94-96).

No indivíduo inabilitado, as restrições à sua capacidade de exercício são, por natureza, de cariz patrimonial, com o propósito de proteger, de si mesmo, o seus bens e o seu património e, bem assim, a segurança e certeza do comércio jurídico, ou seja, os interesses de terceiros que com ele negociam. Como referimos anteriormente, o cariz eminentemente patrimonial das preocupações do legislador português é especialmente claro neste ponto.

2.3 Interdição e Inabilitação: Pressupostos ou Causas

Mas quais são efectivamente os pressupostos da interdição e da inabilitação?

Em primeiro lugar, em ambos os casos, a **maioridade ou emancipação**. Terá que estar em causa um indivíduo maior de idade ou emancipado, visto que os menores são protegidos pela incapacidade por menoridade, tal como previsto no artigo 138.º, n.º 1, 1.ª parte, do CC.

Note-se, porém, a possibilidade de a acção de interdição ser proposta no ano anterior à maioridade do indivíduo, para proporcionar um *continuum* de protecção ao menor de 18 anos em situação de incapacidade, nos termos do artigo 138.º, n.º 2, 2.ª parte, do CC¹⁴.

Em segundo lugar, nos termos do artigo 138.º, do CC, o indivíduo maior ou emancipado terá que padecer de **surdez-mudez** ou **cegueira** (deficiências de natureza física), ou de **anomalia psíquica**.

Porém, tanto a surdez-mudez como a cegueira apenas poderão ser fundamento de interdição se também afectarem as capacidades cognitivas ou o discernimento do indivíduo (Geraldo Rocha Ribeiro, 2010: 89; Heinrich Ewald Hörster, 1992: 333-334).

A “**anomalia psíquica**” é um conceito jurídico, pese embora necessite de conhecimentos de outros ramos do saber, como a psiquiatria e a psicologia – clínicas e forenses –, para a sua operacionalização¹⁵.

¹⁴ A este respeito, Raúl Guichard Alves, numa perspectiva crítica da opção do legislador, entende o seguinte: *“Foram razões de conveniência prática que terão levado o legislador a admitir essa possibilidade destinada a evitar um hiato entre a aquisição da capacidade, por virtude da maioridade, e uma eventual interdição. Fala-se aqui de uma interdição ad cautelam, a qual parece implicar, em todo o caso, a previsão de que a incapacidade persistirá depois da maioridade (o que, aliás, dificilmente não sucederá). (...) Aqui, a interdição, a ser decretada, funcionará não como uma causa extintiva da capacidade, mas, sim, impeditiva da sua aquisição. Contudo, a solução adoptada não se mostra muito feliz. Por um lado, é de utilidade duvidosa, como já se referiu, e, sobretudo, cria uma ‘exótica’ categoria (apesar de transitória) de incapazes maiores não interditos nem inabilitados. Acresce que, quando venha a ser decretada esta última medida, a incapacidade no ínterim referido ‘excede’ a que corresponde à subsequente condição do inabilitado.”* (1995: 144-146)

¹⁵ Beneficiamos, aqui, da reflexão previamente levada a cabo a respeito do conceito de anomalia psíquica no âmbito da investigação de mestrado a respeito da imputabilidade penal.

Com efeito, não encontramos uma definição do conceito de anomalia psíquica plasmado em nenhum diploma legal do ordenamento jurídico português – embora o mesmo seja convocado por diferentes ramos do direito, do civil ao penal. É, assim, um conceito que vai sendo conformado pela doutrina e pela jurisprudência, como *“expressão jurídica que não pretende ser a tradução exacta de conceitos clínicos, mas que quer abranger tanto perturbações nas faculdades intelectuais como nas volitivas”* (Paula Távora Vítor, 2008: 22).

Como explicam Pires de Lima e Antunes Varela (1987:147), *“a expressão anomalia psíquica abrange não só as deficiências de intelecto, de entendimento ou de discernimento, como as deficiências da vontade e da própria afectividade ou sensibilidade”*. Em suma, este termo, pela sua amplitude, permite abarcar *“todas as deficiências do intelecto, entendimento ou discernimento, afectividade, sensibilidade ou vontade que afectem a pessoa, no todo ou em parte, para gerir os seus interesses pessoais e patrimoniais”* (Geraldo Rocha Ribeiro, 2010: 89). No mesmo sentido, cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22-01-2013, Relator Conselheiro Gregório Silva Jesus, Processo n.º 2382/09.0TBFIG.C1.S1 (<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cbd1a7f4f0f3119b80257afe003ba515?OpenDocument>):

Como explica João Curado Neves (2008), numa perspectiva paralela à “ecologia de saberes” propugnada por Boaventura de Sousa Santos (2007),

“O que é um funcionamento normal ou não normal da mente é algo a que o jurista só pode responder com alguma dificuldade. É certo que qualquer pessoa tem um conhecimento empírico do que é claramente normal ou anormal, e até certo ponto da medida em que a anormalidade do comportamento permite duvidar da saúde psíquica do indivíduo. Mas teremos grande vantagem em ultrapassar este conhecimento superficial e obter uma aplicação mais certa e uniforme do direito, pois esta é uma matéria que é objecto de estudo de várias ciências, nomeadamente a psicologia, a psiquiatria e a psicopatologia.” (2008: 169)

Mais adiante, este Autor, referindo-se especificamente ao conceito de anomalia psíquica, afirma:

“Isto não significa que a ‘anomalia psíquica’ deixe de ser um conceito normativo, cuja extensão tem que ser determinada com recurso à metodologia jurídica. Mesmo quando recolhe conceitos provenientes de outras áreas da ciência, o legislador está a adaptá-los ao quadro legal em que se vão inserir, o que pode implicar uma redefinição dos seus limites. Todavia, esta redefinição é efectuada tendo em consideração o significado do conceito em causa na ciência que tem por objecto o estudo dos fenómenos que lhe são imanentes. O intérprete da lei não pode utilizar um conceito que remete para uma área de conhecimento sobre a qual está insuficientemente informado sem conhecer o sentido que tal conceito pode ter para os especialistas dessa área. Só a partir deste conhecimento é possível verificar em que medida o legislador estava a tomar o significado técnico da expressão em consideração e em que medida o pretendia redefinir”. (2008: 169).

Especificamente a respeito dos institutos juscivilísticos da interdição e inabilitação, cf. Paula Távora Vítor (2008: 22-27), onde a Autora se debruça sobre a natureza eminentemente jurídica do conceito, bem como sobre a sua premente necessidade de “reestruturação” (2008: 23).

“Só uma anomalia psíquica (nela abrangendo-se não só as deficiências de intelecto, de entendimento ou discernimento, como as deficiências da vontade e da própria afectividade ou sensibilidade) incapacitante, actual, habitual ou duradoura, pode determinar a interdição da pessoa que dela sofre.”

Com um aturado elenco das doenças mentais mais frequentemente apresentadas ao Ministério Público com a finalidade de propor acção de interdição, cf. Fernando Bento (1998-1999: 296). Na jurisprudência nacional, para além de patologias do foro psiquiátrico previamente diagnosticadas, encontramos, com maior frequência, como fundamento da anomalia psíquica os défices de socialização associados a uma causa física de inimputabilidade, como a surdez-mudez ou a cegueira.

A título de exemplo, no caso subjacente ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26-05-2009, Relator Desembargador Cândido Lemos, Processo n.º 247/07.0TBVFL.P1 (<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/f38b785656f08118802575d8004fc50c?OpenDocument>), o Tribunal entendeu estar preenchido o requisito da incapacidade para reger a sua pessoa e bens porque se tratava de um indivíduo com surdez-mudez desde tenra idade, em virtude de meningite, que não teve acesso a ensino especial, que era apenas compreendido pelos seus familiares mais próximos, nunca se tinha autonomizado e, assim, necessitava impreterivelmente de terceiros para assegurar a sua sobrevivência.

Já a idade avançada, os meros défices de socialização ou de escolarização, sem mais, não tendem a ser vistos pela jurisprudência nacional como suficientemente gravosos para justificar uma declaração de interdição ou de inabilitação. De modo exemplificativo, refere-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15-09-2009, Relatora Desembargadora Dina Monteiro, Processo n.º 76/06.7TBCSC.L1-7 (<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/8a682302db14b54f8025765b003b5074?OpenDocument>), no qual o Tribunal foi do seguinte entendimento:

“Não é o factor idade e a circunstância de a Ré ser analfabeta, ou a própria existência de uma acção de simulação de venda em que foi reconhecida essa mesma simulação, que podem fundamentar o decretamento de uma inabilitação. É necessário um “mais”, no caso, uma anomalia psíquica permanente que, embora não seja de tal forma grave, justifique uma intervenção de prevenção com vista à salvaguarda da pessoa e bens do inabilitando.” (sumário da Relatora)

No mesmo sentido, cf., *vg.*, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29-04-2003, Relator Conselheiro Faria Antunes, Processo n.º 03A2745 (<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/33a56561eb21cd7480256d>)

[510027d469?OpenDocument](#)), respeitante a pessoa com “*um enorme défice cultural*”, “*paupérrimo em possibilidades de aquisição de conhecimentos*”, situação perante a qual este Tribunal entendeu “*não [estarem] reunidas as condições legais para a interdição ou inabilitação*”.

Note-se, assim, que, no respeito à situação de surdez-mudez ou cegueira, a interdição não se justificará se o indivíduo (man)tiver a capacidade de tomar conta de si e dos seus bens. Em suma, estas deficiências físicas, por si só, não são determinantes.

Finalmente, este fundamento físico, psíquico ou físico-psíquico (surdez-mudez, cegueira, anomalia psíquica), terá que ser suficientemente **grave, habitual ou duradouro, e actual, para que o indivíduo que dele sofre não seja capaz de, ao tempo do processo de interdição, governar a sua pessoa e bens**, nos termos do artigo 138.º, n.º 1, *in fine*, do CC.

Note-se que o carácter habitual ou duradouro afasta a possibilidade de aplicação do artigo 257.º, do CC, (incapacidade acidental), embora não seja exigível a irreversibilidade, dado que, nos termos do artigo 151.º, do CC, a interdição pode ser levantada a todo o tempo, desde que deixem de se verificar os seus pressupostos.

Esta avaliação terá sempre que ser realizada caso a caso, pois, como já alertavam Ferrer Correia e Eduardo Correia, na vigência do Código de Seabra:

“a mesma anomalia psíquica pode gerar num indivíduo aquela capacidade que leva à interdição (...) e deixar noutro a aptidão necessária para o governo da sua vida, exactamente em vista do menor volume ou do menor relevo dos interesses da esfera pessoal e patrimonial do último” (1954: 353).

Assim, perante tal factualidade, o Tribunal terá que ponderar, *in casu*, os interesses em causa – desde logo, e em primeira linha, os do indivíduo interditando ou inabilitando –, por forma a determinar a necessidade de interdição/inabilitação (e respectivo grau) como medida de protecção deste.

Inabilitação

As causas de interdição elencadas *supra*, caso não se revistam de gravidade suficiente para justificar a interdição do indivíduo, poderão vir a fundamentar a sua **inabilitação**, nos termos dos artigos 152.º e seguintes, do CC.

A estas causas acresce, conforme estabelecido no artigo 152.º, a **habitual prodigalidade**. Trata-se de um conceito que, à semelhança do que sucede com a anomalia psíquica, carece de definição legal, tendo vindo a ser conformado e densificado pela doutrina e pela jurisprudência.

Seguindo Mota Pinto, a habitual prodigalidade

“abrange os indivíduos que praticam habitualmente actos de delapidação patrimonial (não confundir com a administração infeliz ou pouco perspicaz). Trata-se da prática de actos de dissipação, de despesas desproporcionadas aos rendimentos, improdutivas e injustificáveis.”
(1992: 236)

Seguindo este ensinamento, tal como decidido no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19-02-2013, Relator Desembargador Carvalho Martins, Processo n.º 1685/10.5T2AGD.C1 (in <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/dbb39ce417ac645d80257b340038f2d4?OpenDocument>):

“1. Para efeitos de inabilitação (art. 152º Código Civil), a prodigalidade não se traduz em despesas elevadas, mas naquelas que sendo exageradas em relação aos rendimentos de quem as faz, injustificadas e reprováveis, implicam a dissipação ou possibilidade de perda do próprio capital ou dos bens donde provêm os rendimentos.

2. A prodigalidade, para constituir fundamento de inabilitação deve revestir a natureza de habitual, abrangendo os indivíduos que praticam habitualmente actos de delapidação patrimonial, devendo, para o efeito, atender-se, concretamente, ao capital do requerido e à natureza das despesas, sendo necessário que as despesas ultrapassem o rendimento e (ou) ponham em risco o capital, mostrando-se improdutivas e injustificáveis.

3. Por prodigalidade entende-se a existência de uma propensão para a dissipação desregrada de bens, quer em proveito próprio, quer alheio, o que leva a supor que a pessoa, que assim procede, estará incapaz de reger ou administrar convenientemente o seu património.”

No mesmo sentido, cf., v.g., o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25-01-2005, Relator Conselheiro Nuno Cameira, Processo n.º 04A4480 (in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6b5eae69e566eabd80256fa9003599e4?OpenDocument>).

Verificamos, portanto, que a habitual prodigalidade não se revela na existência de despesas elevadas *per se*, mas sim na sua desproporção relativamente aos rendimentos, na ausência de justificação para as mesmas, e/ou no facto de implicarem a dissipação do capital e bens do indivíduo.

Também o **abuso de bebidas alcoólicas ou de substâncias estupefacientes** poderá ser fundamento de inabilitação, conforme previsto no artigo 152.º, do CC. Como explica Mota Pinto,

“O abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes tem de importar uma alteração de carácter, ainda que traduzido apenas na anormal dependência dessas drogas, sem o que não pode haver inabilitação; deve, por outro lado, atender-se ao estado actual do sujeito e não à

eventualidade de uma deterioração futura. Em qualquer dos casos basta que se prove a existência de um perigo actual de actos prejudiciais ao património, mesmo que não se tenha verificado ainda um dano concreto.” (1992: 237)

Ou seja, tal como sucede para a prodigalidade, o abuso em causa terá sempre que acarretar como consequência a incapacidade do indivíduo *“reger convenientemente o seu património”*.

Os efeitos da inabilitação, nos termos do artigo 2.º, do CC, restringem-se à esfera patrimonial do indivíduo, regendo-se esta limitação, em termos gerais, pelo dispostos nos artigos 153.º e 154.º, ambos do CC, e, bem assim, pelo específico regime fixado na sentença que a decreta.

Excepção feita à inabilitação por anomalia psíquica, caso em que os efeitos da declaração de inabilitação se estenderão à esfera jurídica pessoal, nos termos que seguidamente se analisarão.

Note-se que, como *supra* se referiu, **o elenco de causas de interdição e inabilitação previstas na lei não se encerram em “compartimentos estanque”**, ou seja, não são fundamento apenas de uma ou de outra, tratando-se, outrossim, de pressupostos cuja verificação é comum a ambos os regimes, sendo o nível de gravidade de que se revestem os factos o factor decisivo para aplicação do regime da interdição ou da inabilitação. Nos termos do artigo 901, n.º 1, do CPC, o juiz decretará a interdição ou a inabilitação consoante o grau de incapacidade do indivíduo requerido, sem, aliás, estar vinculado ao pedido.

É, ainda, de referir que a tipologia de causas de interdição e inabilitação, elencadas, respectivamente, nos artigos 138.º e 152.º, ambos do CC, será taxativa, pois, como explica Raúl Guichard Alves:

“Atendendo a que a interdição colide necessariamente com a liberdade individual, implicando uma restrição de direitos fundamentais, compreende-se que ela apenas seja possível com um fundamento legal inequívoco. Deste modo, a enumeração das suas causas ou pressupostos contida no art. 138.º do Código Civil deve considerar-se exhaustiva e não susceptível de ser ampliada por via da analogia. Existe, pois, um numerus clausus de causas ou fundamentos; também de um princípio da tipicidade ou taxatividade legal se poderá falar a este propósito.” (1995: 140-141)

É, efectivamente, este o entendimento da doutrina (neste sentido, cf., v.g., Emídio Santos, 2011: 15-16; Geraldo Rocha Ribeiro, 2010: 23 e 79) e jurisprudência maioritárias. A título de exemplo, decidiu-se no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03-11-2005, Relator Desembargador Oliveira Vasconcelos, Processo n.º 0535475 (*in*

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/0/67d096fab14ced4c802570b20053968e?OpenDocument>) o seguinte:

“Atendendo a que a interdição colide necessariamente com a liberdade individual, implicando uma restrição de direitos fundamentais, compreende-se que elas apenas seja possível com fundamento legal inequívoco, pelo que a enumeração das suas causas ou pressupostos contida no artigo 138º do Código Civil deve considerar-se exaustiva e não susceptível de ser aplicada por via analógica.”

Não obstante, com uma diferente interpretação, considerando que, no silêncio da lei, o elenco de causas de interdição e de inabilitação deverá ser considerado meramente exemplificativo, pronunciaram-se expressamente Menezes Cordeiro (2011: 495) e Oliveira Ascensão (2013: 454). Neste sentido, cf., igualmente, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24-06-2014, Relatora Isabel Fonseca, Processo n.º 2228/08.6TVLSB.L1-1 (in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a31fd69ccea73b5d80257d5d002fc25b?OpenDocument>). Entende Oliveira Ascensão que deverá

“(…) concluir-se pelo carácter enunciativo das tipologias legais, só lhes devendo atribuir outra natureza quando razões especiais nos convençam nesse sentido. Porque o grande princípio da nossa ordem jurídica é o do tratamento idêntico de casos equivalentes.” (2013: 454)

2.4 Meios de suprir a incapacidade decorrente da interdição ou da inabilitação

Esboçar-se-ão, em seguida, algumas breves notas a respeito dos sistemas da incapacidade judicial e da assistência, aplicáveis à interdição e à inabilitação, respectivamente previstos nos artigos 138.º-151.º e 152.º-156.º, todos do CC.

Sendo decretada a interdição ou inabilitação, é instaurada a tutela ou curatela, respectivamente. A respetiva sentença está sujeita a **publicidade**, sendo oficiosamente comunicada à respectiva Conservatória do Registo Civil para ser efectuado o seu registo, cf. artigos 1920.º-B e 1920.º-C, aplicáveis *ex vi* norma remissiva constante do artigo 147.º, todos do CC.

No caso da **interdição**, é instituído um regime de incapacidade análogo ao da menoridade, nos termos do artigo 139.º, do CC. Como forma de suprir esta incapacidade geral de exercício, o indivíduo interdito será legalmente representado pelo seu *tutor*, no exercício dos seus direitos e no cumprimento das suas obrigações. O artigo 143.º, n.º 1, do CC, fornece um elenco, por ordem de preferência, daqueles a quem poderá incumbir a tutela. No entanto, pode ser designada outra pessoa, ouvido o conselho de família, quando tal não seja possível

ou seja desaconselhado, por razões ponderosas, atento o disposto n.º 2, do referido normativo.

Note-se que, sendo o tutor um dos progenitores do indivíduo interdito, este irá exercer as responsabilidades parentais (“poder paternal”), nos termos previstos nos artigos 1878.º e seguintes, *ex vi* artigo 144.º, todos do CC. Estamos aqui perante uma tutela, dado que é apenas nomeado um dos progenitores.

O tutor assim nomeado tem um dever especial de cuidar da saúde do pupilo interdito, para o que poderá alienar os seus bens, sendo para tal necessária autorização judicial, conforme estabelece o artigo 145.º, do CC. Note-se que, do elenco *supra* referido, nem o cônjuge, nem os seus descendentes ou ascendentes, podem escusar-se de exercer a tutela, excepto em duas situações, previstas no artigo 146.º, do CC. Em primeiro lugar, se não tiver sido seguida a ordem estipulada no artigo 143.º, n.º 1, do CC. Em segundo lugar, o tutor poderá ser exonerado se, tratando-se de descendente, existirem outros descendentes igualmente idóneos, após 5 anos de cumprimento dos deveres de tutor, e a pedido deste.

Diferentemente, no caso da **inabilitação** é instituído um sistema de assistência, cuja extensão será variável, cf. artigo 153.º, do CC. No caso do inabilitado, sendo, à luz do CC, as restrições de que padece apenas de cariz patrimonial (com excepção dos inabilitado por anomalia psíquica, como *supra* referido), é-lhe designado *curador*.

Note-se que o curador não é, como o tutor, representante do inabilitado – excepto se a administração do património do inabilitado tiver sido entregue, no todo ou em parte, ao curador, nos termos previstos nos números do artigo 154.º, do CC. Será, outrossim, o curador que irá *autorizar* os actos de disposição *inter vivos* do inabilitado, bem como aqueles que sejam especificados na sentença que decreta a sua inabilitação, assim suprimindo a sua incapacidade de exercício, na extensão em que esta for decretada.

2.5 Brevíssima panorâmica da acção judicial: algumas notas a respeito da legitimidade activa e do papel do Conselho de Família¹⁶

Importa, ainda, assinalar, que estas incapacidades terão de ser judicialmente decretadas, sendo o processo próprio para o efeito o processo especial de interdição ou inabilitação, que se encontra expressamente previsto e regulado nos artigos 891.º e seguintes, do Código de Processo Civil (doravante CPC).

¹⁶ Estas breves notas não pretendem sequer aflorar este regime processual, mas apenas referir alguns pontos que serão directamente convocados na secção final, mais problematizadora, do presente trabalho.

Legitimidade activa

Nos termos do artigo 141.º, do CC, terão legitimidade para requerer a interdição ou inabilitação (neste caso, *ex vi* norma remissiva do artigo 156.º, do CC), para além do Ministério Público, o cônjuge, tutor ou curador ou qualquer parente sucessível do interditando ou inabilitando, nos termos do seu n.º 2. Porém, se este estiver sujeito a responsabilidades parentais (na nomenclatura actualizada da Lei 61/2008, de 31-10), preceitua no n.º 1, do referido normativo, que apenas terão legitimidade os progenitores que exercerem as responsabilidades parentais e o Ministério Público.

Neste último caso, é discutível se apenas um dos progenitores terá legitimidade para, sozinho, intentar a acção de interdição ou inabilitação. Para Pires de Lima e Antunes Varela (1987: 137), estando em causa matéria que é mais importante para o filho interdiciendo do que para os seus progenitores (detendo, inclusivamente, o Ministério Público legitimidade), apesar de indubitavelmente se tratar de acto de particular importância, apenas um dos progenitores será parte legítima. Diferentemente, e propugnando a posição que, à luz actual, se afigura como mais razoável, encontramos Emídio Santos (2011: 43-45). Com efeito, trata-se de um acto de particular importância, devendo ser exercido por ambos os progenitores, atento o disposto nos artigos 1901.º, 1906.º, 1911.º, n.º 1, e 1912, n.º 2, todos do CC.

O parente sucessível *supra* referido não poderá ter sido declarado indigno, nos termos dos artigos 2034.º a 2037.º, todos do CC, e terá que pertencer a uma das classes de sucessíveis previstas no artigo 2133.º, n.º 1, do CC, não sendo necessário, como indica Emídio Santos e a jurisprudência por este citada (2011: 46-47), que se trate do parente com melhor direito à sucessão.

É, igualmente, de salientar que, em ambas as situações previstas no artigo 141.º, do CC, está em causa um elenco taxativo e que não impõe a nenhum dos elencados o dever de requerer tal acção.

A legitimidade do Ministério Público para requerer a interdição e inabilitação decorre dos artigos 3.º, n.º 1, alínea p), e 5.º, alínea g), do Estatuto do Ministério Público.

Note-se que está aqui em causa uma legitimidade concorrente, não sucessiva ou subsidiária, cf. Emídio Santos (2011: 42).

Será, ainda, de destacar, que o próprio visado carece de legitimidade para intentar tal acção, ficando, portanto, dependente da actuação de terceiros caso possua a capacidade e tenha em tal interesse.

Conselho de Família

O conselho de família é composto por dois vogais, sendo presidido pelo Ministério Público, conforme estabelecido no artigo 1951.º, do CC.

O conselho de família tem a atribuição primordial de vigiar a actividade do tutor ou do curador (artigo 1954.º, do CC). Tem, ainda, de se pronunciar a respeito da designação de tutor (artigo 143.º, n.º 2, do CC) e sempre que conveniente por estarem em causa os interesses da pessoa incapacitada.

Os referidos vogais são escolhidos, nos termos do artigo 1952.º, do CC, entre os parentes ou afins do requerido, tendo em conta a proximidade do grau, as relações de amizade, as aptidões, a idade, o lugar de residência e o interesse manifestado pelo requerido. A escolha é deferida pela ordem do artigo 143.º, do CC, aplicável à escolha de tutor.

Na falta de parentes ou afins do interdicendo, será o tribunal a escolher os vogais “*de entre os amigos dos pais, vizinhos, ou outras pessoas que possam interessar-se*” por este, como previsto nos artigos 1952.º, n.º 2, e 143.º, n.º 2, ambos do CC, aplicáveis *ex vi* da norma remissiva do artigo 139.º, igualmente do CC.

Um dos vogais do conselho de família é o denominado protutor, cf. artigo 1955.º, n.º 1, do CC. A este compete, nos termos dos artigos 1955.º, n.º 2, e 1956.º, ambos do CC, fiscalizar a acção do tutor ou curador, cooperar e substituir o tutor ou curador nas suas funções, ou representar o incapaz em juízo e fora dele, quando os interesses deste colidam com os do tutor ou curador.

Quando, nos termos do artigo 1962.º (aplicável *ex vi* do artigo 139.º, ambos do CC), não exista ninguém que possa ser nomeado para o exercício da tutela, o interdito pode ser confiado à assistência pública. Nesse caso, exercerá as funções de tutor o director do estabelecimento público ou particular onde este tenha sido internado. Em tal eventualidade, não existe conselho de família nem é nomeado protutor, cf. n.º 2, do referido normativo.

2.6 Valor dos actos praticados

No que concerne ao valor dos actos praticados pelo interdito, embora de forma simples e esquemática, importa distinguir três períodos: anteriormente à publicidade da acção (nos termos do artigo 892.º, do CPC), no decurso da acção de interdição e depois do registo da sentença de interdição definitiva.

Quanto aos **actos praticados depois do registo da sentença de interdição definitiva**, nos termos do disposto no artigo 148.º, do CC, “*são anuláveis os negócios jurídicos celebrados pelo interdito depois do registo da sentença de interdição definitiva*”. Note-se que a sentença de interdição definitiva é obrigatoriamente sujeita a registo, não podendo ser invocada contra

terceiro de boa fé enquanto o mesmo se não mostre efectuado e, para tanto, deve ser officiosamente comunicada à Conservatória do Registo Civil competente (artigos 147.º, 1920.º-B e 1920.º-C, todos do CC).

A anulabilidade pode ser arguida pelo representante legal do interdito, durante a vigência da interdição, no prazo de um ano a contar do conhecimento do negócio, pelo próprio interdito, no prazo de um ano a contar do levantamento da interdição, bem como pelos seus herdeiros, no prazo de um ano a contar da morte daquele, desde que tenha morrido estando interdito ou a interdição tenha sido levantada menos de um ano antes da morte, em conformidade com as disposições conjugadas dos artigos 125.º e 139.º, ambos do CC. Como ensina Mota Pinto (1992: 231), não obstat à anulação do acto a alegação de intervalo lúcido do interdito, a falta de prejudicialidade do acto nem o desconhecimento da interdição pela contraparte.

Já no que concerne aos **actos praticados no decurso da acção de interdição**, consagra o artigo 149.º, do CC, que *“são igualmente anuláveis os negócios jurídicos celebrados pelo incapaz depois de anunciada a proposição da acção nos termos da lei de processo, contanto que a interdição venha a ser definitivamente decretada e se mostre que o negócio causou prejuízo ao interdito”*. Ou seja, os negócios jurídicos celebrados pelo interdicendo entre a publicação dos anúncios da propositura da acção de interdição e o registo da sentença definitiva são anuláveis, mas apenas se a interdição vier a ser definitivamente decretada e se tais negócios forem considerados prejudiciais, numa apreciação reportada ao momento da conclusão do negócio. Neste sentido, cf. Mota Pinto, 1992: 232.

A anulabilidade pode ser arguida pelo representante legal do interdito no prazo de um ano a contar do conhecimento do negócio, sendo certo que o prazo só se inicia após o registo da sentença de interdição definitiva. Critério para aferir da existência de prejuízo será, nos negócios onerosos, o de saber se um contraente medianamente sensato e prudente não teria celebrado o negócio naqueles termos, sendo certo que os negócios jurídicos gratuitos (nomeadamente doações) se devem considerar sempre prejudiciais aos interesses do interdicendo.

Finalmente, no que respeita aos **actos anteriores à publicidade da acção**, nos termos do disposto no artigo 150.º, do CC, aos negócios jurídicos celebrados antes de anunciada a propositura da acção é aplicável o disposto acerca da incapacidade accidental, prevista e regulada no artigo 257.º, do referido diploma.

Assim, para que a declaração negocial seja anulável, é necessário alegar e provar que, no momento da prática do acto, o declarante se encontrava incapaz de entender o sentido dela ou não tinha o livre exercício da sua vontade e que essa incapacidade era notória ou conhecida

do declaratório, considerando-se que o facto é notório quando uma pessoa de normal diligência o teria podido notar. Não é necessária a prova da prejudicialidade do acto (Mota Pinto, 1992: 234).

III. Em Busca de Outras Soluções

1. O papel da Doutrina da Alternativa Menos Restritiva

A Doutrina da Alternativa Menos Restritiva tem tido um papel preponderante na percepção e subseqüentes respostas jurídicas à problemática dos adultos com capacidades diminuídas. Encontramo-la na base de “marcos históricos” como a Recomendação (99) 4 e a Convenção da ONU de 2006, bem como nas respectivas concretizações em diferentes ordenamentos jurídicos.

Como explica detalhadamente Paula Távora Vítor (2008: 27 ss), esta Doutrina teve a sua génese na *case law* estadunidense, com o caso *Shelton c. Tucker*, ainda em 1960. Foi neste caso marcante que foi pela primeira vez enunciada, como “*o princípio geral segundo o qual os Estados, na prossecução dos seus objectivos, deveriam escolher os métodos menos lesivos dos direitos fundamentais dos seus cidadãos*” (*idem*: 28). Posteriormente, no caso *Lake c. Cameron*, foi transposta para o âmbito dos processos de protecção, no caso concreto, de indivíduos doentes. Nesse âmbito, a Doutrina da Alternativa Menos Restritiva evoluiu para o princípio de que quaisquer limitações à liberdade do indivíduo doente apenas podem ser feitas na medida do necessário à protecção deste.

Aplicando esta Doutrina à problemática dos adultos com capacidades diminuídas, chegamos ao princípio geral de que a imposição de uma qualquer medida de tutela depende da verificação prévia, por parte do tribunal, de que outra medida menos lesiva/invasiva não é suficiente. Deste modo, é permitido a indivíduos manter o máximo controlo possível sobre o seu património e, o que é mais importante, sobre a sua vida.

Podemos traçar um paralelo entre esta Doutrina de *common law* e o Princípio da Proporcionalidade em sentido amplo – em especial o sub-princípio da Necessidade – de *civil law*, *supra* enunciado, o que nos poderia levar a pôr em causa a sua originalidade e utilidade. No entanto, a sua característica de *especificidade*, por se tratar de uma doutrina verdadeiramente incindível do direito das pessoas com capacidades diminuídas, a sua originalidade no espaço Europeu aquando da sua introdução, em 1999, e, em especial, o seu impacto directo na reforma de regimes jurídicos cristalizados em muitos ordenamentos jurídicos, fazem da Doutrina da Alternativa Menos Restritiva uma peça essencial da reforma entre nós.

2. Possíveis modelos para reflexão

Seguindo a divisão proposta por Geraldo Rocha Ribeiro (2010: 383 ss.), os sistemas de protecção dos adultos com incapacidade e/ou especialmente vulneráveis podem ser agrupados em 3 tipos distintos.

Em primeiro lugar, os sistemas ditos “clássicos”, caracterizados pela declaração de incapacidade judicial e pela existência dos institutos da tutela e da curatela como meio de colmatar esta. Trata-se de um modelo no qual podemos inserir o nosso actual regime legal.

Segue-se o grupo dos sistemas que este autor apelida de “reformistas”, nos quais os legisladores, atentos aos fenómenos sociais, procuraram a inserção, nos respectivos ordenamentos jurídicos, de novos institutos tendentes a coexistir e, paulatinamente, suplantar os tradicionais institutos de substituição. Como exemplo “de escola”, o sistema italiano da *Amministrazione di sostegno*,

Finalmente, Geraldo Rocha Ribeiro destaca os sistemas ditos “inovadores”, os quais se caracterizam pelo total abandono das tradicionais interdição e inabilitação, assim substituídos por institutos que almejam uma resposta casuística e personalizada, dotada de suficiente flexibilidade para se adaptar às concretas necessidades do indivíduo num dado momento. É o caso, entre outros, da *Betreuung* alemã.

2.1 Algumas notas de direito comparado

A *Betreuung* alemã

Na **Alemanha**, já no início dos anos 90 (antecipando-se, portanto, à Recomendação (99) 4), o legislador alemão manifestava estar atento às mutações na realidade social e às inovações ocorridas na *case law* estadunidense, procedendo à reforma do regime jurídico da tutela e da curatela: após a promulgação de uma vasta reforma em 1990 (entrada em vigor: 1992), o regime legal foi sendo aperfeiçoado por alterações sucessivas em 1998 (entrada em vigor: 1999), em 2005 (entrada em vigor no mesmo ano) e em 2008 (entrada em vigor: 2009).

O inovador regime de *Betreuung*, ou “acompanhamento”, veio, efectivamente, substituir os institutos da tutela e curatela por um modelo de protecção unitário, que prevê um conjunto de medidas, graduadas de acordo com a sua extensão, que podem ir sendo aplicadas, de forma sucessiva, de acordo com as específicas necessidades num dado momento, assim se garantindo a “flexibilidade e adaptabilidade à situação e necessidades concretas da pessoa na determinação da medida de protecção, bem como afastar a produção de efeitos automáticos de incapacidade de agir” (Geraldo Rocha Ribeiro, 2010: 298, com base em Jochen Taupitz, 1996: 10).

O regime legal alemão visa, assim, promover a auto-determinação e a participação dos indivíduos ao qual se aplica, nos termos seguidamente apresentados de forma sumária.

Desde logo, o seu âmbito subjectivo de aplicação é francamente amplo, incluindo *“todos os adultos que padeçam de uma deficiência psíquica, de uma deficiência do corpo ou de uma fraqueza do espírito que impeça a pessoa de tomar conta de si, quer no todo, quer em parte”*, (...) *“não se exig[indo] qualquer grau mínimo de incapacidade”* e estendendo-se, inclusivamente a *“pessoas que padeçam de deficiências físicas e cuja vontade não esteja, necessariamente, afectada”* (embora relativamente a estas estejam previstas normas especiais, cf. Geraldo Rocha Ribeiro, 2010: 298-299).

Por outro lado, a vontade do seu beneficiário assume um papel preponderante. Desde logo, se o indivíduo possui capacidade de agir, pode tanto constituir o *“acompanhante”* ou *Betereuer* por procuração, ou requerer ao tribunal a aplicação do regime de *Betreuung*. De entre as situações de constituição por procuração, poderá estar em causa uma atitude *“preventiva”* face a doença degenerativa, velhice ou acidente incapacitante.

Caso este esteja impossibilitado de manifestar a sua vontade, sempre tal regime pode ser decretado pelo tribunal (Jorge Duarte Pinheiro, 2008: 478; Geraldo Rocha Ribeiro, 2010: 300).

O *Betreuer* é um indivíduo, devidamente qualificado para exercer tais funções, que exerce a actividade de forma voluntária, ou profissionalmente. O Estado encarrega-se de prover pelas despesas relativas ao exercício de tais funções e, no caso de ser exercido de forma profissional pelo *“acompanhante”*, será igualmente responsável pelo seu salário, caso este não possa ser provido pelo património do *“acompanhado”* (Geraldo Rocha Ribeiro, 2010: 306).

Vemos, assim, como a responsabilidade e actividade do *“acompanhante”* são de cariz eminentemente pessoal: trata-se sempre de uma pessoa singular (mesmo se este estiver associado a uma entidade, pública ou privada, de *“acompanhantes”*, a nomeação, responsabilidades e actividade são sempre singulares), que, preferencialmente, estabelece uma relação próxima com o seu *“acompanhado”* ou *Betreuten*. Aliás, como aponta Geraldo Rocha Ribeiro (*ibidem*), *“um dos principais critérios de escolha do Betreuer está (...) a possibilidade de este conseguir assegurar um cuidado pessoal”*.

Este regime também se caracteriza por uma grande flexibilidade, como acima se viu, fornecendo um amplo catálogo de medidas com graus de intervenção distintos. Acresce, ainda, que, em obediência ao princípio da necessidade, as medidas de protecção que impliquem a restrição de direitos do indivíduo (*Betreuten*) e as que definam as funções do *“acompanhante”* estão sujeitas a revisão, pelo menos, de 7 em 7 anos, e, a todo o tempo, se

entretanto não ocorrer facto que torne tais medidas e funções desadequadas à prossecução dos interesses do “acompanhado” (para maior detalhe, cf. Geraldo Rocha Ribeiro, 2010: 301).

O regime de publicidade da *Betreuung* é francamente inovador, já que, via de regra, a respectiva sentença constitutiva não passa a constar de um registo público. Exceptua-se a possibilidade de uma *Betreuung* total, para os casos mais extremos de incapacidade. Nessas situações, haverá lugar à inscrição no registo eleitoral (recenseamento eleitoral), visto que, nesses casos, o indivíduo perde capacidade eleitoral, activa e passiva. Esta opção, todavia, não é isenta de críticas, dado que coloca em causa a segurança e certeza do comércio jurídico em prol da não-estigmatização dos indivíduos (para maior detalhe, cf. Paula Távora Vítor, 2010: 195).

A Amministrazione di sostegno italiana

A reforma no **ordenamento jurídico italiano** ocorreu mais recentemente, datando de 2004, embora alternativas viáveis às tradicionais tutela e curatela viessem a ser discutidas na doutrina desde há largos anos. Com efeito, o novo regime legal deve em muito o seu desenho ao trabalho de uma equipa de investigação da Faculdade de Direito da Universidade de Trieste, que, encabeçada por Paolo Cendon, desenhou o regime da *Amministrazione di sostegno*. Os propósitos fundantes deste projecto, agora plasmados na lei, foram a mudança de enfoque do património para o indivíduo e a busca por soluções que contrariassem o estigma associado à situação dos adultos “incapazes”. Para maior detalhe, cf. Paula Távora Vítor (2008: 165 ss) e Geraldo Rocha Ribeiro (2010: 328 ss), nos quais nos baseamos nesta brevíssima exposição.

Desde logo, convém precisar que esta medida não veio extinguir a tutela ou curatela. Pode, inclusivamente, ser aplicada conjuntamente com estas. No entanto, a sua introdução no ordenamento jurídico italiano visou a sua substituição, deixando a aplicação da tutela ou curatela apenas para situações-limite de incapacidade.

A extensão e medidas que concretamente compõem o regime, incluindo os actos para os quais o administrador (“*amministratore*”) é competente e aqueles para os quais necessita de autorização judicial, são elaboradas, caso a caso, pelo juiz. Podem, assim, estar em causa poderes de assistência, poderes representativos, ou ambos. Note-se que, independentemente da extensão dos poderes do *amministratore*, sempre este terá que actuar tendo em conta os “*desejos e aspirações do beneficiário*” (artigo 410.º, do CC Italiano), informando-o, igualmente, dos actos que pretende praticar.

Quanto ao âmbito subjectivo, a *amministrazione di sostegno* é aplicável a todos os indivíduos que, em virtude de doença física ou psíquica, se encontram na impossibilidade de

cuidar dos seus próprios interesses, seja tal impossibilidade permanente ou meramente temporária.

A legitimidade para requerer a sua aplicação é igualmente ampla, estando atribuída ao próprio indivíduo (mesmo tratando-se de menor, interdito ou inabilitado), bem como ao seu tutor, curador, cônjuge e parente até ao 4.º grau ou afim até ao 2.º grau, pessoa com a qual coabite/“conviva de forma estável” (Geraldo Rocha Ribeiro, 2010: 174), bem como ao Ministério Público, e responsáveis de serviços sociais ou sanitários que dele cuidem.

Poderá ser o próprio indivíduo a designar o seu administrador, por documento autêntico ou autenticado. Nas demais situações, caberá ao Tribunal a sua nomeação, tendo em consideração, para tal, única e exclusivamente os interesses do indivíduo e as suas concretas necessidades de assistência.

A publicidade da aplicação de uma *amministrazione di sostegno* é feita através da inscrição no Registo Civil, tanto no registo de nascimento, como em registo próprio destas *amministrazione*. Note-se que esta opção legislativa tem sido objecto de críticas por parte de alguma doutrina italiana, no sentido de ser excessivamente estigmatizante (para maior detalhe, cf. Paula Távora Vítor, 2008: 193-194). Mais concretamente, por se entender estar a ser sobrevalorizada a certeza e segurança do comércio jurídico em detrimento do direito do indivíduo à reserva e intimidade da vida privada, em particular tratando-se de situações de pouca gravidade.

IV. Algumas Reflexões Finais

Pelo que vimos *supra*, o ordenamento jurídico português está em franca situação de desfasamento, tanto face à actual realidade social, como à panorâmica europeia no que concerne aos regimes jurídicos de resposta à problemática dos cidadãos adultos com capacidades diminuídas, independentemente da sua causa. Recordemos o que foi acima afluído, nomeadamente, a respeito dos direitos do envelhecimento (v.g. Resolução n.º 46/91, da Assembleia Geral das Nações Unidas, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), da protecção dos direitos humanos e da dignidade das pessoas com doença mental [v.g. Recomendação (2004) 10], ou da promoção dos direitos e plena participação na sociedade das pessoas com deficiência [v.g. Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Recomendação (2006) 5 e respectivo Plano de Acção].

Ademais, o Estado Português parece encontrar-se em situação de *incumprimento* face às obrigações assumidas com a ratificação da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 13 de Dezembro de 2006. Com efeito, ao fazer uma brevíssima panorâmica do regime legal da tutela e da curatela facilmente podemos encontrar

pontos em que estas medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica não prevêm especificamente o respeito pelos “*direitos, vontade e preferências da pessoa*”. Senão, vejamos:

Desde logo, a tutela implica a ablação total da capacidade de exercício, a que acresce uma vasta restrição de direitos pessoais de gozo em caso de anomalia psíquica.

Por outro lado, a remissão para o regime da menoridade (artigo 139.º, do CC) confere-lhe um carácter paternalista e claramente desadequado para dar resposta às necessidades de um indivíduo que tem capacidades diminuídas mas que é, necessariamente, um adulto. Isto porque as incapacidades decorrentes da infância e juventude pouco têm a ver com as do adulto especialmente vulnerável.

Enquanto que as crianças e jovens, experienciam um crescendo das suas capacidades, estes adultos especialmente vulneráveis têm situações, via de regra, ou intermitentes, ou tendencialmente regressivas, ou ambas. Com efeito, o regime legal português apenas prevê uma solução que é tendencialmente definitiva e imutável, não cobrindo situações de incapacidade temporária mas com alguma dilação temporal e/ou recorrência, ou com variações consideráveis ao longo do tempo, o que, aliás, é característica comum de múltiplas doenças mentais, em particular graças aos actuais meios terapêuticos e aos avanços da psicofarmacologia.

Em suma, o tratamento legal destas pessoas com a dignidade exigida implica que sejam, efectivamente, vistos pelo legislador como adultos, numa sociedade em que a diferença pode advir de múltiplas causas, sem que tal implique a “infantilização” de indivíduos adultos, por falta de melhor enquadramento.

Por outro lado, o regime da tutela e da curatela apenas dá uma resposta, protectora, *a posteriori*, ou seja, requerendo a lei a *actualidade* do estado do indivíduo, fecha a porta à requisição de medidas preventivas por parte de variados indivíduos com interesse nas mesmas, seja, por exemplo, em razão da idade avançada, ou em virtude de doença degenerativa.

Da acção de interdição ou inabilitação propriamente dita, destaca-se o papel passivo que o interdicionado nela toma. Desde logo, carece de legitimidade para requerer tal intervenção relativamente à sua própria pessoa e tão pouco escolher o seu futuro tutor ou curador, salientando-se o já aludido carácter *paternalista*. A este respeito, na doutrina italiana, já se pronunciou Vito Napoli (*apud* Paula Távora Vítor, 2008: 46-47), entendendo que “*só [uma] óptica que liga a incapacidade declarada a colorações sancionatórias mais do que protectoras poderia justificar a exclusão do interdicionado e do inabilitado da esfera de legitimados*”.

Ademais, no caso de este não apresentar contestação, nos termos no novo figurino da lei processual, não será sequer ouvido pessoalmente (*rectius*, sujeito a interrogatório) pelo tribunal¹⁷, o que vem tornar a situação do indivíduo ainda mais passiva.

O carácter estigmatizante deste tipo de acções, em particular, mercê da sua publicidade, independentemente da decisão final e do efectivo grau de incapacidade fixado nesta é, sem sombra de dúvida, uma das suas características mais marcantes e negativas. Pensemos simplesmente que, independentemente de a interdição ou inabilitação ser efectivamente decretada, a afixação de editais no meio em que o indivíduo se insere e reside (no Tribunal, na Junta de Freguesia, num periódico...) é, por si só, altamente estigmatizante.

As opções legislativas de direito comparado que acima se delinearam em traços breves oferecem regimes jurídicos de protecção de indivíduos adultos que, pese embora visem responder às necessidades de assistência e representação, tal como as “nossas” tutela e curatela, oferecem, todavia, respostas mais adaptáveis e maleáveis, ultrapassando muitos dos problemas que advêm da rigidez daquelas. Com efeito, embora ocorrendo em datas diversas, e contendo especificidades que as distinguem entre si, todas partilham certas características que as aproximam das opções que primam pela assistência.

Desde logo, nelas se prevendo um catálogo variado de medidas, à semelhança do que actualmente existe no nosso ordenamento jurídico para as crianças e jovens em perigo, passíveis de serem combinadas para melhor responder às concretas necessidades de um dado indivíduo num dado momento, e que não têm carácter definitivo, sendo periodicamente reavaliadas e passíveis de substituição.

Por outro lado, permitem ao adulto manter um grau de autonomia superior, prevendo, *v.g.*, a possibilidade de o seu representante ser por si mesmo designado e relegando a incapacitação estritamente para situações-limite. Finalmente, a publicidade restrita ao registo eleitoral do regime de *Betreuung* respeita a privacidade dos envolvidos e permite evitar, na medida do possível, a – maior – estigmatização destes indivíduos, enquanto que a instituição da medida de *Amministrazione di sostegno* é pública, encontrando-se sujeita a registo.

A este respeito, é de referir uma posição intermédia, como a propugnada, na doutrina italiana, por Massimo Bianca (2002: 121, *apud* Paula Távora Vítor, 2008: 193), que vem propor que, nos casos menos gravosos, a competência do “administrador” seja meramente concorrente, auxiliar, da do “administrado”, parecendo responder tanto à reserva do direito à intimidade da vida privada do “administrado” e, bem assim, às necessidades de diminuição da

¹⁷ Para maior detalhe, cf. Margarida Paz e Fernando Vieira (2014).

estigmatização dos adultos com capacidades diminuídas, como ainda ao interesse público da segurança do comércio jurídico.

Com esta breve panorâmica, pudemos apreciar como o regime português de “substituição” se encontra francamente desfasado, não só da realidade social, como também daquilo que tem vindo a ser reconhecido e aplicado a nível internacional. Quanto mais não seja, o legislador nacional terá que responder às exigências que advêm da ratificação, sem reservas, da Convenção da ONU.

BIBLIOGRAFIA¹⁸

DOCTRINA

- António Menezes Cordeiro (2011) (3.ª ed.) *Tratado de Direito Civil IV, Parte Geral. Pessoas*. Almedina.
- Becker, H. (1980), *Uma Teoria da Ação Coletiva*. Zahar.
- Boaventura de Sousa Santos (2007) "Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes". *In Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 78, pp. 3-46.
- Cantor, Norman L. (2005) *Making Health Decisions for the Profoundly Mentally Disabled*. MIT Press.
- Carlos Alberto da Mota Pinto (1999) (3.ª edição) *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra Editora.
- Emídio Santos (2011) *Das interdições e inabilitações*. Quid Juris.
- Fernando Bento (1998-1999) "Interdições, inabilitações e internamentos compulsivos." *Centro de Estudos Judiciários*, pp. 293-309.
- Ferrer Correia e Eduardo Correia (1954) "Fundamento da Interdição por demência". *In Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 86, n.ºs 3016-3020.
- Foucault, M. (1975) *Surveiller Et Punir: Naissance de la Prison*. Gallimard.
- Geraldo Rocha Ribeiro (2010) *A protecção do incapaz adulto no direito português*. Centro de Direito da Família. Coimbra Editora.
- Ana Paula Gil e Ana João Santos (2012) "Simbologias em torno do processo de envelhecer e da vitimação: um estudo qualitativo." *Sociologia, Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto*, Número temático: Envelhecimento demográfico, pp. 151-175. Disponível *online* em <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/10572.pdf>

¹⁸ Nota: *Websites* e versões de documentos publicados exclusivamente online foram consultados em Fevereiro de 2015.

- Goffman E. (1961) *Asylums: Essays on the social situation of mental patients and other inmates*. Doubleday.
- Goffman, E. (1959) “The moral career of the mental patient.” *In Psychiatry: Journal for the Study of Interpersonal Processes*, Vol. 22, pp. 123-142.
- Goffman, E. (1963) *Stigma: Notes on the management of spoiled identity*. Simon & Schuster, Inc.
- Heinrich Ewald Hörster (1992) *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra Editora.
- Jarlath Clifford (2011) “The UN Disability Convention and its Impact on European Equality Law”. *In The Equal Rights Review*, Vol. 6, 2011, pp. 11-25.
- João Curado Neves (2008) *A problemática da Culpa nos Crimes Passionais*. Coimbra Editora.
- Jorge Duarte Pinheiro (2010) “As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres: incapacidades e suprimento – a visão do jurista.” *In O Direito – Lisboa: Typografia Lisbonense*, 1868, A. 142, n.º III (Junho 2010), pp. 465-480.
- José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, (2007) (4.ª ed.) *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I*. Coimbra Editora.
- Julio Arboleda-Flórez *et al.* (2012) *Mental Illness, Discrimination and the Law: Fighting for Social Justice*. Wiley-Blackwell.
- Loureiro, L., Dias, C. e Aragão, R. (2008), “Crenças e Atitudes acerca das doenças e dos doentes mentais: Contributos para o estudo das representações sociais da loucura.” *Revista de Enfermagem*, 2ª Série, n.º 8, pp. 33-44.
- Luís Carvalho Fernandes, José Brandão Proença *et al.* (org.s) (2014) *Comentário ao Código Civil. Parte Geral*. Universidade Católica Editora.
- Manuel de Andrade (1997) *Teoria Geral da Relação Jurídica (Sujeitos e Objectos)*, Vol. I. Almedina.
- Margarida Paz e Fernando Vieira (2014) “A supressão do interrogatório no processo de interdição: novos e diferentes incapazes? A complexidade da simplificação”. *In Revista do Ministério Público*, 139, Julho-Setembro 2014, pp. 61-109.
- Paula Távora Vítor (2008) *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*. Centro de Direito da Família. Coimbra Editora.
- Paulo Mota Pinto (1999) “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”. *In Portugal-Brasil Ano 2000*. Coimbra Editora.

- Peter Bartlett, Oliver Lewis e Oliver Thorold (2007) *Mental Disability and the European Convention on Human Rights*. Martinus Nijhoff Publishers.
- Pires de Lima e Antunes Varela (1987) (4.ª ed.) *Código Civil Anotado*, Vol. I. Coimbra Editora.
- Raúl Guichard Alves (1995) “Alguns aspectos do instituto da interdição.” *In* *Direito e Justiça*, Lisboa, v 9 (2), 1995, pp. 131-168.
- Renato Amorim Damas Barroso (2014) “Há Direitos dos Idosos?”. *In* *Julgare*, n.º 22, pp.118-127.
- Rosa, M. J. (1993) “O desafio social do envelhecimento demográfico”. *In* *Análise Social*, pp. 679-689. Disponível *online* em <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223291769P9jTF5la0Hq76JE3.pdf>.
- Rosa, M. J. (2012), *O Envelhecimento da Sociedade Portuguesa*. Fundação Francisco Manuel dos Santos.

RELATÓRIOS

- Comité de Protecção Social do Conselho da União Europeia (2014) “Adequate social protection for long-term care needs in an ageing society - Report.”
- Directoria-Geral para as Políticas Externas da União - Directoria B – Departamento de Políticas (s/ data) “Briefing Paper - Implementation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in the EU's External Relations.”
- ERA – Academy of European Law. Mary Stacey (2011) “Disability: EU jurisprudence and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities”. Disponível *online* em http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/07_Disability/2012_June_stacey_EN.pdf.
- ERA – Academy of European Law. Jenny Goldsmith (2012) “Introduction to the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its added value”. Disponível *online* em http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/07_Disability/2012_Goldschmidt_EN.pdf.
- Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (2013) “Factsheet – Mental Health.” Disponível *online* em http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Mental_health_ENG.pdf.
- Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (2015) “Factsheet – Persons with disabilities and the European Convention on Human Rights.” Disponível *online* em http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Disabled_ENG.pdf.
- FRA – European Union Agency for Fundamental Rights (2013) “Legal capacity of persons with intellectual disabilities and persons with mental health problems.” Disponível *online*

em

<http://ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp?advSearchKey=ageing&mode=advancedSubmit&langId=en&search.x=0&search.y=0>

- Mental Disability Advocacy Center (2007) “Summaries of Mental Disability Cases Decided by the European Court of Human Rights”
- Parlamento Europeu. Comissão dos Assuntos Jurídicos. Relator: Antonio López-Istúriz White. Proposta de Resolução do Parlamento Europeu que contém recomendações à Comissão sobre a protecção jurídica dos adultos: implicações transfronteiriças (2008/2123(INI)). Data: 24.11.2008. Disponível *online* em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2008-0460+0+DOC+PDF+V0//PT>.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

IV – Jurisprudência

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Interdição e Inabilitação**Referências Jurisprudenciais**

(disponíveis em www.dgsi.pt)

Jurisprudência Nacional**1. TRL 03/12/1991 (Moura Cruz), p. 0038181****Sumário:**

“Se, na sentença de acção de interdição por demência se considerou provado que, desde 1984, a arguida começou a revelar deficiências profundas das suas faculdades intelectuais, afectivas e volitivas integráveis nas deficiências habitualmente designadas como sendo do tipo da demência senil e que tal situação se foi agravando de tal modo que, cerca do ano de 1985, a requerida se apresentava num estado de total e completa ruptura mental, tendo perdido as suas faculdades de discernimento e de consciência crítica, e que, a partir dessa época, deixou de ter inteligência e vontade suficientes para ter consciência dos assuntos relacionados com o seu património e dos actos que, em relação a ele, deveriam ser praticados, o início da incapacidade deve ser fixado em 85/01/01.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6db7cbaa490439468025680300019a35?OpenDocument>

2. TRL 10/05/1994 (Pinto Monteiro), p. 0079201**Sumário:**

- I- “Falecida a parte arguida de incapacidade por anomalia psíquica antes de realizados o interrogatório e exames, haverá que declarar-se extinta a instância.
- II- Porém, tendo falecido após reunião do Conselho de Família e de exame realizado por dois peritos médicos, mas sem realização de interrogatório, deve a acção prosseguir para se determinar se a incapacidade existia e desde quando.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3d283bdeb49f0865802568030002be78?OpenDocument>

3. TRL 30/06/1994 (*António Abranches Martins*), p. 0089252**Sumário:**

- I- “Para servir de fundamento à interdição, a anomalia psíquica - que abrange as deficiências do intelecto, da vontade e da afectividade - deve ser duradoura ou habitual, e não meramente acidental ou transitória, e deve ser incapacitante, isto é, deve tornar aquele que afecta incapaz para governar sua pessoa e bens.
- II- O Ministério Público, tal como os vogais do conselho de família, tem direito a voto, que prevalece quando não for possível formar maioria, sendo esta bastante para a tomada das deliberações daquele órgão.
- III- Em acção de interdição por anomalia psíquica a opinião dos peritos médicos, sobretudo se forem especialistas de psiquiatria, tem muito mais valor do que os resultados do interrogatório do arguido, pois aqueles dão um parecer técnico, enquanto este apenas dá uma impressão tirada de um efémero contacto com o arguido.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5e40c362c78e3d0180256803000287bb?OpenDocument>

4. TRP 07/03/1996 (*Alves Velho*), p. 9530613**Sumário:**

- I- “No processo de interdição ou inabilitação fundado em anomalia psíquica, todas as diligências hão-de convergir para a averiguação e colheita de informações sobre se o arguido padece de deficiências de intelecto, de entendimento ou de discernimento, com carácter duradouro ou habitual, e não meramente acidental ou transitório, que o incapacitem para governar a sua pessoa ou administrar os seus bens.
- II- O auto de interrogatório deve registar as perguntas feitas ao arguido e as respostas que lhes foram dadas e versar sobre a matéria alegada na petição inicial.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/34aee8e2d93e44e28025686b0066d0e5?OpenDocument>

5. TRL 17/02/2000 (Salvador da Costa), p. 005936

Sumário:

- I- “Resulta do disposto nos arts. 138º n1, do C. Civil e 944º do CPC que a causa de pedir da acção de interdição se consubstancia nos factos reveladores da anomalia psíquica da surdez-mudez ou da cegueira e do respectivo grau de incapacidade (art. 498º nº 4, e 944º do CPC). Não se exige, pois, que o Autor da acção de interdição articule factos relativos a quaisquer negócios jurídicos celebrados pelo requerido antes da propositura da acção afectados por vício derivado da sua incapacidade. Isso mesmo decorre, implicitamente, do disposto nos arts. 148º a 150º do C.C., que rege, decretada que seja a interdição, sobre a sanção relativa aos negócios jurídicos celebrados pelo interdito antes da publicidade da acção de interdição, durante esta ou depois do registo da respectiva sentença definitiva.
- II- Falecido o requerido na pendência da acção mas após o interrogatório e exame pericial, só o Autor a pode fazer prosseguir (art. 957º nº 1 do CPC).

Com efeito, se a Lei pretendesse admitir que o representante do requerido tinha legitimidade "ad causam" para o fazer prosseguir, naturalmente que o teria expressado. E compreende-se que assim seja, porque foi o requerente quem manifestou o interesse, através da propositura da acção, de fazer declarar a incapacidade do requerido para reger a sua pessoa e administrar o seu património.

De resto, não seria razoável que a Lei admitisse a quem, interveio no processo a título de representante do requerido (com o mero escopo de organizar e apresentar a defesa dele) a implementação da continuação da acção depois do seu decesso e independentemente de se haver ou não conformado com a verificação da incapacidade invocada na petição inicial. Isso mesmo é confirmado pelo disposto no nº 2 do art. 957º do CPC na medida em que prescreve, para o caso de continuação da acção de interdição na sequência do decesso do requerido, não haver habilitação dos seus herdeiros e que ela prossegue contra quem o representava no processo.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f9d474519c0eb8088025697a003b0763?OpenDocument>

6. TRG 29/01/2003 (Maria Rosa Tching), p. 1476/02-2

Sumário:

“Só uma anomalia psíquica **incapacitante, actual e permanente** pode determinar a interdição da pessoa que dela sofre.

A existência ou inexistência de uma qualquer **anomalia psíquica incapacitante**, isto é, de uma anomalia psíquica de tal modo grave, que torne a pessoa inapta para se reger a ela própria e aos seus bens, traduz-se numa questão iminentemente técnica e que exige conhecimentos especiais que os julgadores, normalmente, não possuem.

Por isso, os peritos médicos são, pela própria natureza das coisas, as pessoas mais habilitadas para se pronunciarem sobre tal questão.

E, apesar de, nos termos do art. 589º do C. Civil, a força probatória da perícia ser livremente fixada pelo tribunal e de o art. 952º, n.º1 do C. P. Civil, não estabelecer qualquer valor preferencial ou de hierarquia entre os dois meios prévios inquisitórios – interrogatório e exame pericial do arguido -, a verdade é que o julgador não pode afastar deliberadamente, o parecer contido no relatório dos peritos, substituindo-lhe, sem o fundamentar, outros elementos de convicção.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/ba66eab1b168af3a80256d25003c3528?OpenDocument>

7. STJ 29/04/2003 (Faria Antunes), p. 03A2745

Sumário:

1. “A existência de anomalia psíquica é *conditio sine qua non* para que se decrete quer a interdição quer a inabilitação.
2. Tratando-se de pessoa apenas um enorme déficit cultural, fruto do anterior *modus vivendi* (pastorícia e amanho da terra, de manhã à noite), paupérrimo em possibilidades

de aquisição de conhecimentos, não estão reunidas as condições legais para a interdição ou inabilitação.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/33a56561eb21cd7480256d510027d469?OpenDocument>

8. STJ 25/01/2005 (*Nuno Cameira*), p. 04A4480

Sumário:

1. “O requisito «habitual» fixado pelo artigo 152º do Código Civil como fundamento da interdição por prodigalidade tem exclusivamente que ver com comportamentos anómalos do visado, reveladores de clara propensão para realizar gastos inúteis, injustificados e desproporcionados à sua situação patrimonial.
2. Fora deste condicionalismo não há prodigalidade juridicamente relevante, susceptível de basear a intervenção do tribunal para proteger o requerido de si próprio.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6b5eae69e566eabd80256fa9003599e4?OpenDocument>

9. TRP 03/11/2005 (*Oliveira Vasconcelos*), p. 0535475

Sumário:

“Pressupostos da interdição por anomalia psíquica são:

- I- “a maioridade do sujeito;
- II- a incapacidade de reger os bens e a pessoa em razão de anomalia psíquica;
- III- a anomalia psíquica revestir determinadas características.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/67d096fab14ced4c802570b20053968e?OpenDocument>

10.TRL 29/04/2006 (*Fátima Galante*), p. 4883/2006-6

Sumário:

“O processo de interdição reveste um carácter duplamente concreto:

- Por um lado, a correlação entre o distúrbio psíquico e a capacidade de agir há-de ser averiguada em termos estritamente individuais, assim como individual é a doença e o seu diagnóstico;
- Por outro lado, a valoração do distúrbio e a sua incidência na vida do interdicendo deve ir referida à «qualidade» dos seus interesses e à necessidade de a eles provir, ponderando-se, nomeadamente, a sua personalidade, a condição social e a importância dos interesses ou assuntos de distinta índole (patrimonial ou não) cuja gestão lhe pertença.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/0ef8643362aee9c88025729d0045de33?OpenDocument>

11.TRL 07/11/2006 (*Graça Amaral*), p. 6338/2006-7

Sumário:

- I- “Não prevê o artigo 1949.º do Código Civil que o tutor, cuja remoção se pretende, seja ouvido, impondo-se o contraditório no que respeita ao conselho de família, o que se compreende considerando que o tutor não é parte no processo, sendo os membros do conselho de família quem se encontra em condições de zelar pelo interesse e bem-estar do interdito.
- II- A lei, ao não impor a audição do tutor, pretende alcançar um ponto de equilíbrio entre o interesse e bem-estar do interdito e o direito de defesa do tutor, exprimindo-se este

último no processo através do próprio juiz enquanto guardião dos direitos individuais e garantia contra incidente injusto, cabendo-lhe, assim, ponderar, em cada caso, da necessidade (ou total desaconselhamento) de proceder à audição do tutor.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4effb06babb15b31802572480056e925?OpenDocument>

12. TRE 07/12/2006 (*Silvio Sousa*), p. 1264/06-3

Sumário:

“A reforma de 1995, pautada por «propósitos de simplificação», não introduziu, no processo especial de interdição, para além da dispensa de intervenção do conselho de família e da apreciação liminar pelo juiz dos articulados, outros desvios na tramitação do processo.

- Daí que, «se, findos o interrogatório e exame, a acção tiver sido contestada, ou o processo, em qualquer caso, não oferecer elementos suficientes, a acção terá seguimento, como ordinária».
- Tal equivale a dizer que, no caso de o interrogatório e o exame fornecerem elementos suficientes para se concluir pela inexistência de insanidade mental do requerido, o pedido deverá ser, de imediato, indeferido.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/8ca1a73b6f174b2080257de1005749f7?OpenDocument>

13. TRL 15/02/2007 (*Ferreira de Almeida*), p. 4847/2006-7

Sumário:

- I- “A acção de interdição por anomalia psíquica pode findar, decretando-se a interdição, se o interrogatório e exame do requerido fornecerem elementos suficientes e a acção não tiver sido contestada (artigo 952.º/1 do Código de Processo Civil).

- II- Se assim não suceder, o processo deve prosseguir, não devendo a acção ser julgada improcedente (artigo 952.º/2 do C.P.C.).
- III- E por maioria de razão deve prosseguir a acção quando decorre do relatório pericial sofrer a requerida de perturbação afectiva bipolar sendo previsível que em situações de descompensação clínica (maníaca e eventualmente depressiva) não possua capacidade para reger sua pessoa e bens.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a78118ab39c86f0780257295003ff8c5?OpenDocument>

14. TRL 26/02/2007 (Ana Luísa Geraldes), p. 1451/2007-6

Sumário:

- I- “Há insuficiência da causa de pedir quando os factos, não obstante terem sido alegados, são insuficientes para determinar a procedência da acção.
- II- Não se pode, porém, considerar a petição inepta quando, embora clara e suficiente quanto ao pedido e à causa de pedir, omite factos ou circunstâncias necessários para o reconhecimento do direito do Autor.
- III- Em tais circunstâncias, deve o Juiz, oficiosamente, determinar que o A. aperfeiçoe a petição inicial, suprimindo as omissões detectadas, no prazo que fixar, e só posteriormente é que poderá extrair as consequências de tal omissão caso as referidas insuficiências não sejam supridas convenientemente pelo A.
- IV- A omissão do despacho ao convite ao aperfeiçoamento é uma irregularidade susceptível de influir no exame e decisão da causa e, por isso, constitui uma nulidade nos termos do art. 201º nº 1 do CPC, que acarreta a nulidade do despacho exarado pelo Tribunal «a quo».”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/7fa483ac08fe1e38025729c005d37e9?OpenDocument>

15. TRL 02/10/2007 (Rosário Gonçalves), p. 8160/2007-1

Sumário:

1. “Tendo sido suscitada a questão da incompetência territorial do tribunal em sede de contestação, sempre estaria na disponibilidade dos requerentes apresentar um articulado para resposta à matéria da excepção deduzida, como o fizeram.
2. O internamento num Centro Paroquial constitui uma situação provisória, representando um lar temporário e não uma residência permanente no sentido legal do termo.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5be155bd089ab32b8025738d00695b17?OpenDocument>

16. TRP 17/01/2008 (Fernando Baptista), p. 0736746

Sumário:

“A prolação de decisão sumária (definitiva) sobre o mérito, no processo especial de interdição ou inabilitação, imediatamente a seguir ao exame e ao interrogatório do arguido, só pode ocorrer desde que preenchidos (cumulativamente) os seguintes requisitos:

1. a acção não tenha sido contestada;
2. o interrogatório e o exame do requerido forneçam elementos suficientes para ser proferida logo decisão;
3. esta decisão seja no sentido de ser «decretada» a interdição.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/e94437a913a5ae3a802573e7005dff06?OpenDocument>

17.STJ 22/01/2009 (Santos Bernardino), p. 08B3333

Sumário:

“A declaração judicial, na sentença que decreta a interdição, sobre a data do começo da incapacidade, constitui mera presunção simples, natural, judicial, de facto ou de experiência, da incapacidade, à qual pode ser oposta contraprova, nos termos do art. 346º do CC.

Dada a anterioridade do negócio, que o aqui autor, tutor da interdita, pretendia, em representação desta, anular, sobre ele recaía o ónus da prova de que, na data em que a sua tutelada celebrou a escritura pública de alienação do imóvel em causa, ela se encontrava em condições psíquicas que lhe não permitiam entender o sentido da declaração negocial que emitiu ou lhe tolhiam o livre exercício da vontade, e de que tal facto era notório ou conhecido do outro outorgante.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a78337f09b95af6b8025754600571c37?OpenDocument>

18.TRC 10/03/2009 (Jaime Ferreira), p. 469/2000.C1

Sumário:

- I- “Um dos casos de incapacidade negocial do exercício é a interdição, instituto que tem por escopo a protecção do próprio interdito, enquanto maior que, por anomalia psíquica (o que abrange deficiências do intelecto, da afectividade ou da vontade), surdez-mudez ou cegueira, levam, pela sua gravidade, à inaptidão para reger a sua pessoa e bens (art. 138º do Código Civil).
- II- No que às primeiras concerne, cabem não apenas um descalabro demencial propriamente dito, isto é, uma psicose adquirida, como igualmente a psicose congénita, ou seja, os chamados estados oligofrénicos (cretinismo, idiotia, imbecilidade), em que a pessoa nunca chegou a atingir o desenvolvimento normal.
- III- Caso a anomalia psíquica se traduza numa simples fraqueza de espírito do incapaz, então estaremos perante uma eventual situação de inabilitação do incapaz.
- IV- Como tal, e na medida em que seja decretada, apenas abrange os actos de disposição entre vivos e aqueles que forem especificados na sentença, consideradas as

circunstâncias concretas do caso (art. 153º do Código Civil), podendo mesmo ser retirada a administração dos próprios bens e entregue a um curador (art. 154º do mesmo diploma legal).

- V- No que concerne ao valor dos actos praticados pelo interdito, importa distinguir três momentos essenciais: se posteriores ao registo da sentença de interdição definitiva (art. 1920º-B do Código Civil, aplicável ex vi do art. 147º do mesmo diploma legal, al. g) do n.º 1 do art. 69º e art. 78º do Código de Registo Civil), estamos perante actos anuláveis, vício invocável nos termos do art. 125º, aplicável ex vi art. 138º do Código Civil (art. 148º do Código Civil); se praticados na pendência do processo de interdição, isto é, entre a publicação dos anúncios previstos no art. 945º do Código de Processo Civil e o registo da sentença de interdição definitiva, serão anuláveis se considerados prejudiciais numa apreciação reportada ao momento da prática do acto (art. 149º do Código Civil e nº 2 do art. 956º do Código de Processo Civil); já os actos praticados antes da publicidade da acção, há que atender ao disposto relativamente à incapacidade acidental (art. 150º do Código Civil).
- VI- A incapacidade acidental, prevista e regulada no artigo 257º do Código Civil, exige, para a anulabilidade do acto, que, no momento da prática do acto, haja uma incapacidade de entender o sentido da declaração negocial ou falte o livre exercício da vontade; e que a incapacidade natural existente seja notória ou conhecida do declaratário (passível de apreensão por uma pessoa média, colocada na posição do declaratário), assim se tutelando a boa-fé deste último e a segurança jurídica.
- VII- Estando assente que o A... foi declarado interdito por sentença datada de 31.01.2000, e que o negócio de compra e venda em causa nos autos foi celebrado em 25.09.1996, portanto muito antes da publicitação da acção (que remonta a 1998), ao caso é aplicável o regime da incapacidade acidental (arts. 257º e 150º do Código Civil).
- VIII- Sendo assim, o que importa saber é se o referido A..., à data da outorga da escritura de compra e venda em discussão, se encontrava ou não incapacitado de entender o sentido da declaração negocial que por si foi proferida (a venda de um imóvel próprio, pelo preço dito acordado e como por ele já recebido) e se tal incapacidade era notória ou conhecida do declaratário (o comprador), devendo entender-se como incapacidade notória aquela que uma pessoa de normal diligência poderia logo notar.
- IX- A anulabilidade (dos negócios jurídicos levados a cabo pelos interditos anteriormente à publicidade da acção) tem, como condições necessárias e suficientes, os seguintes requisitos: 1) que, no momento do acto, haja uma incapacidade de entender o sentido

da declaração negocial ou falte o livre exercício da vontade; 2) que a incapacidade natural existente seja notória ou conhecida do declaratário (contraparte nos contratos, destinatário da declaração nos negócios unilaterais receptícios, destinatário dos efeitos da declaração nos negócios unilaterais não receptícios)...

- X- O nº 2 do artº 257º esclarece que notório é um facto que uma pessoa de normal diligência teria podido notar... Para a anulabilidade destes actos não basta a prova da incapacidade natural, exige-se igualmente, para tutela da boa fé do declaratário e da segurança jurídica, a prova da cognoscibilidade da incapacidade.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/9516293afd18655d8025757f0056132a?OpenDocument>

19.TRL 05/05/2009 (Dina Monteiro), p. 5198/07.4TVLSB-A.L1-7

Sumário:

- I- “É admissível a intervenção espontânea no âmbito de uma acção especial de interdição.
- II- O facto de estarmos perante um processo especial, em que não há “partes” em sentido técnico-jurídico, não permite retirar a conclusão de que no seu âmbito não há lugar à dedução de incidentes de terceiro, no caso, de intervenção principal espontânea.
- III- Limitar a intervenção daqueles que legitimamente podem estar presentes nos autos como intervenientes principais apenas porque um dos descendentes da interditanda se antecipou na apresentação da respectiva acção, para além de não fazer qualquer sentido sempre constituiria uma profunda injustiça e desvincularia os demais familiares da responsabilidade que devem assumir nas decisões a proferir no processo, mormente quando se verificam litígios entre esses mesmos familiares, como é o caso dos autos.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5284836b5646c1a0802575c8004fa96d?OpenDocument>

20. TRP 26/05/2009 (Cândido Lemos), p. 247/07.0TBVFL.P1

Sumário:

“O requisito de incapacidade para reger a sua pessoa e bens em razão de anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira encontra-se preenchido relativamente a uma pessoa vítima de meningite aos três anos de idade, ficando surdo-mudo, sem ter tido acesso a uma escola da especialidade, que sempre necessitou de terceira pessoa para sobreviver e satisfazer as mais elementares necessidades e só sendo compreendido pelos familiares mais próximos.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/f38b785656f08118802575d8004fc50c?OpenDocument>

21. TRL 30/06/2009 (Rijo Ferreira), p. 825/07.6TBSCR.L1-1

Sumário:

1. “Na acção de interdição impõem-se ao tribunal uma especial responsabilidade no sentido de apurar circunstancialismo que caracterize, com precisão e clareza, o estado do interditando e que permita concluir, com a necessária segurança, pela sua incapacidade;
2. A incapacidade para reger a sua pessoa e bens é conclusão a que se há-de chegar e não facto a considerar provado.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/37d6baffca836779802575f5005cc953?OpenDocument>

22.TRL 15/09/2009 (Dina Monteiro), p. 76/06.7TBCSC.L1-7

Sumário:

“Não é o factor idade e a circunstância de a Ré ser analfabeta, ou a própria existência de uma acção de simulação de venda em que foi reconhecida essa mesma simulação, que podem fundamentar o decretamento de uma inabilitação.

É necessário um «mais», no caso, uma anomalia psíquica permanente que, embora não seja de tal forma grave, justifique uma intervenção de prevenção com vista à salvaguarda da pessoa e bens do inabilitando.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/8a682302db14b54f8025765b003b5074?OpenDocument>

23.TRC 13/10/2009 (Emídio Costa), p. 553/09.8TBPBL-A.C1

Sumário:

1. “O legislador, quando atribuiu, no artº 141º do Código Civil, a legitimidade para requerer a interdição a «qualquer parente sucessível» do interditando, quis abarcar todos os parentes sucessíveis legalmente previstos;
2. Parentes sucessíveis do interditando são tanto o respectivo cônjuge sobrevivente, como os descendentes, os ascendentes, os irmãos e seus descendentes e outros colaterais até ao quarto grau;
3. Qualquer destas pessoas tem legitimidade para instaurar acção de interdição, independentemente da classe de sucessíveis em que figure, no momento da instauração da acção.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/8484aaa2d1fd73b880257666003c1f32?OpenDocument>

24.TRL 25/03/2010 (Teresa Soares), p. 3312/09.4TVLSB-A.L1-6

Sumário:

- I- “A interdição provisória é uma decisão de natureza cautelar, estando o julgador sujeito à obrigação de elencar quais os factos que considera assentes, ainda que indiciariamente, bem como deve indicar quais fundamentos da sua convicção.
- II- Entre os vícios que podem afectar a decisão da matéria de facto e cuja apreciação nem sequer está dependente da iniciativa das partes contam-se as respostas deficientes, obscuras e contraditórias.
- III- Deficiência existirá quando determinado ponto da matéria de facto ou algum segmento não tenha sido objecto de resposta negativa ou positiva.
- IV- Verificado alguns dos vícios referidos na decisão da matéria de facto, para além de serem sujeitos a apreciação oficiosa da Relação, esta poderá supri-los imediatamente, desde que constem do processo todos os elementos em que o tribunal a quo se fundou.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c032743974a7ea138025774f005beb38?OpenDocument>

25.TRL 20/04/2010 (Pires Robalo), p. 9/2000.L1-7

Sumário:

“A sentença de interdição, que fixou o início da incapacidade em 1.09.1991, apenas constituiu um princípio de prova favorável à incapacidade da autora do testamento na data em que o praticou, (30/7/1992), não dispensando o A. de fazer a completa prova dessa incapacidade em tal data, já que sobre ele impende o respectivo ónus probatório. A declaração judicial sobre a data do começo da incapacidade constitui apenas uma mera presunção simples, natural, judicial, de facto ou de experiência (*praesumptio facti* ou *hominis*), da incapacidade da interdita na data da celebração da escritura de compra e venda, mas não mais do que isso.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7b2f0b7e0b67e0288025780000369f38?OpenDocument>

26. TRP 25/05/2010 (*Guerra Banha*), p. 535/08.7TBCHV-A.P1

Sumário:

- I- “O não cumprimento do ónus de sintetizar as conclusões, previsto no art. 685.º-A, n.º 1, do Código de Processo Civil (redacção do Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24/08), mesmo que depois de feito o convite ao seu aperfeiçoamento nos termos previstos no n.º 3 do mesmo artigo, não deve obstar ao conhecimento do recurso se as questões suscitadas são suficientemente perceptíveis e determináveis.
- II- O segmento normativo constante da parte final do n.º 2 do art. 952.º do Código de Processo Civil que manda aplicar ao “novo exame médico do requerido”, a realizar na fase contenciosa da acção de interdição por anomalia psíquica, “as disposições relativas ao primeiro exame”, tem em vista os procedimentos a que alude o n.º 3 do art. 951º, ou seja, que quando o perito ou peritos se pronunciem pela necessidade da interdição ou da inabilitação, “o relatório pericial deve precisar, sempre que possível, a espécie de afecção de que sofre o requerido, a extensão da sua incapacidade, a data provável do começo desta e os meios de tratamento propostos”, na medida em que tais elementos deverão constar da sentença que decretar a interdição, conforme exige o art. 954º, nº 1, do Código de Processo Civil.
- III- Porém, tal remissão não visa impedir a realização de um segundo exame a realizar por médico diferente do que realizou o primeiro exame.
- IV- Também não impede que o segundo exame seja realizado através de perícia colegial, apenas havendo de cuidar que, tanto quanto possível, essa perícia seja realizada por médicos da especialidade de psiquiatria, compatibilizando as regras previstas nos arts. 589º e 590.º do Código de Processo Civil com as regras do regime das perícias médico-legais e forenses regulado na Lei n.º 45/2004, de 19/08, e do regime de organização médico-legal regulado no Decreto-Lei n.º 11/98, de 24/01.”

27.STJ 16/10/2010 (Hélder Roque), p. 819/06.9TBFLG.P1.S1

Sumário:

- I- “O novo exame médico realizado ao requerido, na fase contenciosa da acção de interdição por anomalia psíquica, segue os termos do processo ordinário, posteriores aos articulados, ao qual se aplicam as disposições relativas ao primeiro exame, que não admite recurso autónomo do despacho judicial que não atenda as reclamações formuladas pelas partes, a propósito do relatório pericial.
- II- No domínio da prova pericial civil, vigora o princípio da prova livre, e não da prova positiva ou legal, cujo juízo se presumiria subtraído à livre apreciação do julgador, e em que a sua convicção só poderia divergir do juízo pericial, desde que fundamentada.
- III- O juízo técnico, científico e artístico não tem um valor probatório pleno, e, nem sequer, talvez, um valor de prova legal bastante, um valor, presuntivamente, pleno, ligado a uma presunção natural, que pode ceder perante contraprova.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/f9168f8be89463ea7802577850037a62b?OpenDocument>

28.TRL 14/04/2011 (Ezagüy Martins), p. 162/05.0TBHRT.L1-2

Sumário:

- I- “Pode o tribunal decidir sobre a matéria de facto de modo diferente do inculcado pelo relatório unânime dos peritos, por mais qualificados que estes sejam.
- II- Mesmo quando é a lei que determina quem deve fazer a perícia, como é o caso das perícias médico-legais (art.º 568-3), o seu resultado não é vinculativo, estando sempre sujeito à livre apreciação do julgador, feita perante o confronto de todas as provas produzidas.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/743299d0cf0d7ab98025788f00498ab2?OpenDocument>

29.TRL 14/07/2011 (Ana Resende), p. 7285/10.2TBOER-A.L1-7

Sumário:

- I- “A interdição colide, frontalmente, com a liberdade individual, implicando uma restrição de direitos fundamentais, pelo que a lei a faz depender de um fundamento legal, inequívoco, a que subjaz a protecção do visado perante terceiros, que possam aproveitar-se da sua situação de inferioridade, mas também de si próprio, na medida em que advenham prejuízos para sua integridade física e moral, quer em termos activos, quer por via omissiva, e que devidamente demonstrado permita concluir pela incapacidade que importa suprir.
- II- A anomalia psíquica abrange não só as deficiências de intelecto, de entendimento ou de discernimento, como as deficiências da vontade e da própria afectividade ou sensibilidade, desde que duradouras e habituais.
- III- Embora em tal tipo de processos a prova pericial assuma particular relevância no atendimento da especificidade das matérias em causa, o respectivo valor não vincula o critério do julgador, que a pode rejeitar, não tendo assim o juízo técnico ou científico um valor probatório pleno, impondo-se ao julgador, o que não significa, contudo arbitrariedade, antes pressupondo a correspondente fundamentação da divergência afirmada.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2f57a9727793579c8025790b0055936b?OpenDocument>

30.TRL 29/05/2012 (Maria João Areias), p. 21427/11.72SNT.L1-7

Sumário:

- I- “O legislador, ao atribuir aos tribunais de família e menores competência para preparar e julgar “outras acções relativas ao estado civil das pessoas” (al. h) do art. 114º da LOTJ, na redacção da Lei nº 52/2008, 08.08), terá tido em mente o conceito de estado civil em sentido estrito.
- II- Como tal, a competência para preparar e julgar as acções de interdição e de inabilitação continuará atribuída aos tribunais comuns.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c075c1334579fa6180257a280034ca19?OpenDocument>

31. TRC 29/05/2012 (*Barateiro Martins*), p. 114/11.1TBFIG.C1

Sumário:

“O único interesse próprio que está em causa na acção de interdição respeita ao requerido, que é o beneficiário do pedido.

A lei concede legitimidade (concorrente, e não subsidiária ou sucessiva) a várias pessoas para requerer a interdição.

Quando a acção de interdição foi proposta por apenas uma dessas pessoas, as restantes não podem deduzir intervenção principal espontânea.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/da f1176d73a771ba80257a3e004dc19a?OpenDocument>

32. TRP 29/05/2012 (*Maria de Jesus Pereira*), p. 71/12.7YRPRT

Sumário:

- I- “O regulamento (CE) nº 2201/2003 do Conselho de 27/11 aplica-se às decisões que decretam a interdição:
- II- Não compete ao Tribunal da Relação a apreciação das sobreditas decisões mas sim ao tribunal de Comarca ou Tribunal de Família e Menores.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/ea2243e687a33fb580257a1a004cc1ba?OpenDocument>

33.TRL 12/06/2012 (*Luís Espírito Santo*), p. 7218/12.1TLSNT.L1-7

Sumário:

- I- “A competência para preparar e julgar as acções de interdição por anomalia psíquica encontra-se deferida aos juízos cíveis e não aos Tribunais de Família e Menores.
- II- Este tipo de acções não se enquadram na alínea h), do artigo 114º, da Lei nº 52/2008, de 28 de Agosto (Nova Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais).”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/21fdb06aa302117980257a45003abde8?OpenDocument>

34.TRP 11/07/2012 (*Freitas Vieira*), p. 642/11.9TJPRT.P1

Sumário:

“A fixação do início da incapacidade nos termos e para os efeitos do disposto no art.º 954.º, n.º 1, do CPC não pode reportar-se a data anterior à maioridade do interdito.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/a2d6fe918d14c95d80257a78004fddce?OpenDocument>

35.TRL 12/07/2012 (*Manuel Marques*), p. 21777/11.2T2SNT.L1-1

Sumário:

1. “No art. 114º, al. h) da Lei 52/2008, aplicável às comarcas piloto, a expressão «estado civil» encontra-se utilizada no sentido restrito, não abrangendo a acção de interdição.
2. Nessa alínea cabem as acções para o reconhecimento ou o não-reconhecimento das decisões de divórcio, separação ou anulação do casamento proferidas pelas autoridades competentes dos Estados da União Europeia.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/Ob58fdb44f4be54180257a690051aeb0?OpenDocument>

36. TRL 18/10/2012 (Jorge Leal), p. 12983/12.3T2SNT.L1-2

Sumário:

“À luz da LOFTJ 2008, em comarcas como a Grande Lisboa – Noroeste, a competência para julgar ações de interdição recai sobre a grande instância cível e não sobre o tribunal de família e menores.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/b671fbd874881b6f80257aa300552a28?OpenDocument>

37. STJ 22/01/2013 (Gregório Silva Jesus), p. 2382/09.0TBFIG.C1.S1

Sumário:

- I- “Na acção especial em que se requeira a interdição nos termos dos arts. 944.º a 958.º do CPC, o juiz só pode decidir imediatamente no sentido da interdição, se após o interrogatório e o exame pericial, fornecerem estes elementos suficientes, e não houver contestação (n.º 1 do art. 952.º). O conjunto destes dados aponta para uma evidência relativamente à necessidade da interdição, que dispensa um formalismo mais rigoroso.
- II- Já lhe está vedado que indefira o pedido de imediato, ainda que dos meios de averiguação oficiosa resulte a concordância de que o requerido não é incapaz, tenha este oferecido, ou não, contestação. Isto, dado que na primeira situação se mantém uma divergência entre o requerente e o requerido que importa apurar, e na segunda por respeito do princípio do dispositivo.
- III- Segundo o n.º 2 do art. 952.º do CPC, sempre que a acção seja contestada, ou o processo, em qualquer caso, não ofereça elementos suficientes, a acção terá seguimento como ordinária com observância dos termos posteriores aos articulados.
- IV- O facto de se haver requerido a interdição, nada obsta a que o tribunal, em face do

grau de incapacidade revelado, decrete a inabilitação.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cbd1a7f4f0f3119b80257afe003ba515?OpenDocument>

38.TRC 19/02/2013 (*Carvalho Martins*), p. 1685/10.5T2AGD.C1

Sumário:

1. “Para efeitos de inabilitação (art. 152º Código Civil), a prodigalidade não se traduz em despesas elevadas, mas naquelas que sendo exageradas em relação aos rendimentos de quem as faz, injustificadas e reprováveis, implicam a dissipação ou possibilidade de perda do próprio capital ou dos bens donde provêm os rendimentos.
2. A prodigalidade, para constituir fundamento de inabilitação deve revestir a natureza de habitual, abrangendo os indivíduos que praticam habitualmente actos de delapidação patrimonial, devendo, para o efeito, atender-se, concretamente, ao capital do requerido e à natureza das despesas, sendo necessário que as despesas ultrapassem o rendimento e (ou) ponham em risco o capital, mostrando-se improdutivas e injustificáveis.
3. Por prodigalidade entende-se a existência de uma propensão para a dissipação desregrada de bens, quer em proveito próprio, quer alheio, o que leva a supor que a pessoa, que assim procede, estará incapaz de reger ou administrar convenientemente o seu património.
4. Os interessados na inabilitação devem alegar e provar (art.342º Código Civil) que há habitualidade actual na prática de actos ruinosos na administração dos bens e da sua dissipação e que isso constitui perigo actual para o património do inabilitando.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/dbb39ce417ac645d80257b340038f2d4?OpenDocument>

39.TRL 19/02/2013 (Pedro Brighton), p. 1713/12.OTJLSB-A.L1-1

Sumário:

“Na acção de interdição, mesmo quando se decreta a interdição provisória, impõem-se ao Tribunal uma especial responsabilidade no sentido de apurar circunstancialismo que caracterize, com precisão e clareza, o estado do interditando e que permita concluir, com a necessária segurança, pela sua incapacidade.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/7f8f81fd7316f4b580257be1004ca3c8?OpenDocument>

40.TRL 26/02/2013 (Roque Nogueira), p. 830/09.8YXLSB.L1-7

Sumário:

- I- “Não há duas decisões contraditórias quando uma julga improcedente o deduzido impedimento de demência notória (impedimento matrimonial dirimente absoluto) e outra decreta a inabilitação por anomalia psíquica, já que se trata de duas pretensões distintas (art.675º, nº1, do C.P.C.).
- II- São pressupostos da acção de interdição ou de inabilitação por anomalia psíquica: a existência no arguido de alguma anomalia psíquica; estar o arguido incapaz, em consequência dessa anomalia, de reger a sua pessoa e administrar os seus bens.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4df8fb005012876e80257beb004ad88a?OpenDocument>

41.TRE 11/04/2013 (Maria Alexandra M. Santos), p. 2362/09.5TBPTM-A.E1-A

Sumário:

“Tendo a acção de interdição sido proposta por qualquer uma das pessoas indicadas no artº 141º nº 1 do CC, considerando que o único interesse próprio que está em causa na referida acção é o da requerida que é a beneficiária do pedido, as demais pessoas indicadas naquele normativo não têm direito ou interesse próprio, paralelo ao do autor

ou do réu, que justifiquem a sua intervenção na acção.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/393921bb505aca0480257de10056fb75?OpenDocument>

42.STJ 08/05/2013 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), p. 10993/05.2TVPR-T.A.P1.S1

Sumário:

1. “A confiança que a parte deposita num «*acto do juiz, que lhe foi notificado, e em função do qual definiu a sua actuação processual*» tem de ser tutelada, sob pena de infracção de princípios processuais tão relevantes como o da boa fé ou da cooperação (Acórdão de Uniformização de Jurisprudência de 31 de Março de 2009).
2. Para contar o prazo de sessenta dias previsto no nº 2 do artigo 772º do Código de Processo Civil, é necessário determinar qual foi o *facto* em que os recorrentes basearam o recurso de revisão.
3. Do regime aplicável à apreciação da validade de negócios jurídicos praticados por um incapaz de facto, que vem a ser judicialmente declarado interdito, resulta que é decisiva a sentença de interdição.
4. A circunstância de vir a ser decretada a interdição permite vir a invalidar, nessa altura, actos anteriores, praticados pelo (futuro) interdito num momento em que a sua incapacidade se não encontrava juridicamente reconhecida; aliás, mesmo antes de a acção de interdição ser proposta e publicitada.
5. A iniciativa cabe à pessoa que, sendo nomeada tutora, passa a representar o incapaz; o que implica que o conhecimento relevante para efeitos de contagem do prazo para a anulação (cfr. artigo 287º do Código Civil) é o seu; e que só releva o conhecimento posterior à sentença de interdição, fonte da situação de incapacidade e dos seus poderes de representação.
6. No caso, tendo em conta a configuração determinada para o recurso de revisão pelo Decreto-Lei nº 38/2003, de 8 de Março, que veio dispensar a prévia propositura da acção de anulação ou de declaração de nulidade «*da confissão, desistência ou transacção*» em que se fundou a decisão a rever, não pode deixar de relevar, para o efeito de saber se foi cumprido o prazo de sessenta dias sobre o «*conhecimento do facto*

que serve de base à revisão», o «decretamento da interdição», nas palavras do acórdão recorrido.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cb6c02e560ccdf1680257b6600322610?OpenDocument>

43. TRP 20/05/2013 (Ana Paula Amorim), p. 1206/11.2TJPRT.P1

Sumário:

- I- “No âmbito do processo de interdição ou inabilitação com fundamento em anomalia psíquica, o interrogatório e exame pericial, realizados ao abrigo dos art. 950º, 951º CPC, destinam-se a averiguar da existência e grau de incapacidade do requerido.
- II- O interrogatório observou o critério e fim previsto na lei, face ao teor da acta, na medida em que versou sobre factos que permitem avaliar da capacidade de discernimento e de agir por si, da requerida.
- III- Nas situações em que o perito conclui pela necessidade de interdição ou inabilitação, o relatório pericial tem que observar o disposto no art. 951º/3 CPC, o que significa que no relatório, o perito deve precisar sempre que possível a espécie de afecção de que sofre o requerido, a extensão da sua incapacidade, a data provável do começo desta e os meios de tratamento propostos.
- IV- A perícia permite concluir que a requerida sofre de doença do foro psiquiátrico, actual e permanente, que a impossibilita de reger a sua pessoa e bens convenientemente, o que justifica a sua inabilitação.
- V- Não se mostrando contestada a acção, o interrogatório e exame da requerida forneceram os elementos suficientes para ao abrigo do art. 952º/I CPC o juiz decretar de imediato a inabilitação da requerida.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/55e93bedd0551aae80257b80003ecb35?OpenDocument>

44.TRL 03/09/2013 (Maria Adelaide Domingos), p. 1084/10.9TVLSB.L1-1

Sumário:

1. “Se à data da apresentação da interposição motivada do recurso (04/07/2013) estava em vigor o anterior Código de Processo Civil (CPC), aplica-se ao regime recursório as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24/08, por a presente ação ter sido instaurada em 10/05/2010 (cfr. artigos 11.º e 12.º do Decreto-Lei n.º 303/2007).
2. Não obstante a revogação do mencionado Código de Processo Civil e a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26/06), independentemente da sua aplicação aos processos pendentes em fase de recurso (cfr. artigo 7.º da parte preambular da referida Lei n.º 41/2013), os pressupostos de admissibilidade da referida impugnação sempre terão de ser aferidos em face das normas processuais em vigor àquela data.
3. Em caso de impugnação da decisão de facto sob o preceituado no artigo 685.º-B, n.ºs 1, alíneas a) e b), e n.º 2, do anterior CPC, sob pena de rejeição, impõe ao recorrente dois ónus em simultâneo: o de indicação dos concretos pontos de facto que considera incorretamente julgados, bem como o de indicação dos concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada, que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados diversa da recorrida.
4. Esta indicação, ainda que sintética, mas explícita e compreensível, tem de constar das conclusões recursórias, porque são as mesmas que delimitam objetivamente, positiva e negativamente, o âmbito do recurso, conforme decorre do disposto nos artigos 684.º, n.º 3 e 685.º-A, n.º 1, do CPC, sem prejuízo do disposto no artigo 660.º, n.º 2, do mesmo diploma.
5. Quando o apelante indicar e concretizar os pontos de facto que considera erradamente julgados, cumprindo assim o ónus previsto no artigo 685.º-B, n.º 1, alínea a), do CPC, quanto aos concretos meios probatórios que, em seu entender, impunham uma decisão diversa, mas apenas referiu a sentença proferida no processo de interdição, o cumprimento do ónus previsto na alínea b), do n.º1, do referido artigo 685.º-B, do CPC, apenas se pode ter como cumprido em relação a este meio probatório.
6. A sentença proferida no processo especial de interdição reporta-se à data da sua feitura e faz caso julgado nos precisos limites e termos em que julga.
7. A força do caso julgado material abrange as questões diretamente decididas na parte dispositiva da sentença, aceitando-se, porém, que também abranja as que sejam antecedente lógico necessário da predita parte do julgado.

8. Diz-se que a sentença forma caso julgado quando uma decisão judicial adquire força obrigatória, por dela não se poder reclamar nem recorrer por via ordinária.
9. Por outro lado, e como é sabido, as ações de interdição são unanimemente consideradas como «ações de estado».
10. De facto, a interdição consiste numa situação de privação do exercício pessoal e livre de direitos, determinada por decisão judicial, respeitante a quem padece de incapacidade natural para o governo da sua pessoa e dos seus bens, em virtude de deficiência de natureza psíquica ou física.
11. O caso julgado material formada na sentença de interdição, por nela se dirimir uma questão sobre o estado das pessoas, abrange terceiros, ou seja, opera *erga omnes*.
12. O segmento decisório que fixa o início da incapacidade em 2003, não está abrangido pela força do caso julgado material. Com efeito,
13. A sentença de interdição tem natureza constitutiva, com efeitos *ex nunc*, estabelecendo uma nova situação jurídica em que se reconhece, para futuro, a incapacidade de uma pessoa para a prática de atos da vida civil, nomeadamente para gerir os bens da pessoa interditada.
14. A validade atos praticados pelo interdito, mesmo após a data a partir da qual foi considerada a sua incapacidade, terá sempre de ser discutida em processo autónomo.
15. Aquela declaração judicial, em termos de força vinculativa, vale como uma *prova bastante*, ou seja, admite contraprova, donde se conclui se está perante uma prova livre ou prova não plena.
16. Já quanto aos atos praticados antes de anunciada a propositura da ação é aplicável o disposto no artigo 150.º e 257.º do Código Civil, ou seja, as regras sobre incapacidade accidental. Terá sempre de ser discutido o *conhecimento* ou a *cognoscibilidade* da incapacidade natural.
17. Estando o pedido de reapreciação da decisão sobre a matéria de facto circunscrito à aferição do valor probatório da referida sentença, pelas razões acima referidas, e dependendo as respostas dadas da ponderação e valoração de vários outros meios probatórios, insuscetíveis de serem reapreciados em sede recursória, impõe-se a improcedência da impugnação da decisão sobre a matéria de facto, mantendo-se a mesma inalterada.
18. A sanção da anulabilidade do contrato decorrente do artigo 429.º do Código Comercial enquadra uma situação de erro vício de vontade, incidindo sobre a formação do contrato. As falsas declarações ou as omissões relevantes impedem a formação da

vontade real da contraparte (seguradora), por assentar em factos ignorados ou deficientemente revelados.

19. Daí que, como resulta do preceito legal, não é necessário que as declarações ou omissões influam efetivamente sobre a celebração ou condições contratuais fixadas, bastando que pudessem ter influído ou fossem suscetíveis de influir nas condições de aceitação do contrato.

20. A lei também não supõe o carácter doloso das omissões ou reticências de factos com relevância para a determinação da probabilidade ou grau de risco, mas pressupõe que o declarante conheça os factos ou circunstâncias passíveis de influírem sobre a aceitação ou condições do contrato, isto é, que haja com negligência. É o que se encontra refletido no § único do artigo 429º ao especificar a consequência da má-fé.^[1]

21. Porém, celebrado o contrato, e conhecida a omissão ou falsidade das declarações, a invocação da anulabilidade nos termos do artigo 287.º do Código Civil, é um direito potestativo da seguradora, que opera por sua iniciativa.

[1] Cfr., entre outros, Ac. STJ, de 20.10.2007, proc. 07A2961, em www.dgsi.pt.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/dabe3efbcfba4e1e80257cd1003187f8?OpenDocument>

45. TRP 19/09/2013 (Carlos Portela), p. 2872/12.7TBGDM-A.P1

Sumário:

“No processo especial de interdição não é admissível a intervenção principal espontânea, porque nele apenas está em causa o interesse do requerido e este está acautelado pela actuação da pessoa a quem a lei reconhece legitimidade para requerer a interdição.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/28877dc01154156780257bf90059d145?OpenDocument>

46. TRC 15/10/2013 (Carlos Moreira), p. 444/09.2TBMGL.C1

Sumário:

1. “Para o efeito do artº 954º do CPC, o tribunal apenas poderá/deverá, fixar a *data do começo da incapacidade*, se a prova produzida for inequívoca ou muito provável sobre tal data.
2. Dadas as exigências e cuidados neste particular legalmente exigidos, não pode considerar-se a data de realização de um relatório médico legal, no qual, apesar de se verificar que a examinanda tem já algumas vulnerabilidades físicas e mentais, se conclui que é ainda capaz de tomar decisões assertivas; antes devendo considerar-se a data do seu internamento hospitalar, efectivado cerca de sete meses depois, e na decorrência do agravamento de tais vulnerabilidades.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/52b69eb33870477c80257c22005cc5fc?OpenDocument>

47. TRL 05/12/2013 (Tibério Silva), p. 553/13.3TVLSB.L1-2

Sumário:

1. “Uma causa prejudicial é aquela cujo objecto constitui pressuposto de outra instaurada.
2. Uma acção de interdição contra quem figure como autora numa outra causa não é prejudicial em relação a esta, não dando, por isso, azo à suspensão da instância.
3. O que se impõe é que, sendo a questão levantada por um dos réus na contestação, arguindo a excepção de incapacidade judiciária activa, se apure, designadamente, através de adequado exame pericial, da invocada incapacidade e da consequente necessidade de nomeação de um curador provisório.
4. É de admitir ser suficiente a continuação da representação da autora apenas pelo advogado constituído, se não houver razões para pôr em causa a validade da procuração outorgada.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c2edbbceba2c584080257c430042bb33?OpenDocument>

48.TRL 12/12/2013 (Fátima Galante), p. 282/13.8TVLSB.L1-6

Sumário:

1. “Na acção de anulação de um negócio jurídico por virtude de incapacidade, erro, dolo ou coacção, só terá legitimidade como Autor o titular do direito de anulação (a pessoa a quem a incapacidade se refere, seu representante ou sucessor; o enganado ou o coagido).
2. A herdeira legitimária não tem, em vida da doadora, mais que meras expectativas de suceder ao vendedor, pelo que não têm legitimidade para pedir a anulabilidade de doação, invocando a incapacidade acidental da doadora, já que a anulabilidade foi instituída para protecção do incapacitado ou daquele que foi explorado pela sua situação de dependência ou estado mental.
3. Se for decretada a interdição é possível vir a invalidar, nessa altura, actos anteriores, praticados pela (futura) interdita num momento em que a sua incapacidade se não encontrava juridicamente reconhecida, mas a iniciativa caberá, então, à pessoa que, sendo nomeada tutora, passa a representar o incapaz.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2f87f39c94919a3780257c61003498eb?OpenDocument>

49.STJ 16/01/2014 (Oliveira Vasconcelos), p. 1556/08.5TBVRL.P1.S1

Sumário:

1. “Os atos praticados antes da publicidade da ação de interdição são, em princípio, válidos.
2. Só serão inválidos se, acidentalmente, na altura em que são praticados, o declarante está incapacitado, nos termos do artigo 257º do Código Civil.
3. Temos, pois, que, nestes casos, a capacidade é a regra e a incapacidade é a exceção, pelo que quem invocar esta tem o ónus de a provar, ou seja, compete a quem invoca uma incapacidade fundada no artigo 257º do Código Civil alegar e provar que o declarante se encontrava, na altura da prática do ato, incapacitado nos termos e para o feito do disposto neste artigo.
4. Não é o estado de saúde do pretense incapacitado acidentalmente que está em causa,

mas o seu estado de não entendimento do sentido das suas declarações.

5. Entendendo-se o desequilíbrio de prestações como um fator de existência de abuso de direito quando o exercício do direito questionado se mostra despropositado face aos efeitos dele derivados, não se prefigura esse despropósito quando não existem quaisquer elementos que indiquem que a prestação de um vendedor de um imóvel – a entrega do imóvel – seja manifestamente desproporcionada à prestação do comprador – o pagamento do preço acordado.
6. Quando numa escritura de compra e venda se declara falsamente que o preço já foi pago, o que se pode apenas concluir é que os outorgantes fizeram declarações falsas, mas não se pode concluir que com essa falsidade não quiseram a existência do negócio, criando a sua aparência.”

Texto integral

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/22d839e3375545c080257c63004d64fb?OpenDocument>

50.TRC 11/11/2014 (Maria João Areias), p. 63/2000.C1

Sumário:

1. “A interdição deve ser concebida como um instrumento que visa tutelar os interesses do incapaz, afirmando-se pela necessidade de cuidado da pessoa, e, implicando restrições aos direitos fundamentais à capacidade civil e ao desenvolvimento da personalidade, consagrados no artigo 26º da CRP, encontra-se sujeita ao princípio da proporcionalidade.
2. Os fundamentos da interdição e da inabilitação consistem em situações de anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, aos quais acresce a prodigalidade ou o abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, na inabilitação (artigos 138º, nº1 e 1552º, do Código Civil).
3. O conceito de *anomalia psíquica* é aqui tomado num sentido mais lato, por abranger não só as deficiências patológicas do intelecto, entendimento ou discernimento, mas também as deficiências patológicas da vontade, da sensibilidade e afectividade, que afectem a pessoa no todo ou em parte, para gerir os seus interesses pessoais e patrimoniais.

4. Envolvendo a inabilitação para o inabilitado a incapacidade de praticar actos de disposição de bens, manterá, em princípio, a capacidade para praticar actos de mera administração dos seus bens, ou seja, actos que não afectem a sua substância, e outros previstos na lei, devendo o julgador adaptar a incapacidade de exercício do inabilitado à sua incapacidade natural.
5. A declaração na sentença da data do começo da incapacidade assume um valor meramente indiciário, não de uma presunção judicial (*iuris et iure* ou *iuris tantum*), mas o valor de mera *presunção simples, natural, judicial, de facto* ou *de experiência* que, embora constitua um começo de prova, não inverte o ónus da prova da existência da incapacidade no momento da prática do ato – ónus que impende sobre quem pede a anulação.”

Texto integral

http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/ba_d9ca24c6e453ec80257daa003ce183?OpenDocument

**Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do
Homem**

Seleção de Jurisprudência¹

SUMÁRIOS OFICIAIS (EM LÍNGUA INGLESA) POR TEMA:

Capacidade Jurídica

Shtukaturov c. Rússia (27/03/2008)

“The applicant has a history of mental illness and was declared officially disabled in 2003. Following a request lodged by his mother, the Russian courts declared him legally incapable in December 2004. His mother was subsequently appointed his guardian and, in November 2005, she admitted him to a psychiatric hospital. The applicant alleged in particular that he had been deprived of his legal capacity without his knowledge.

The Court held that there had been a violation of Article 6 (right to a fair trial) of the Convention concerning the proceedings which deprived the applicant of his legal capacity. Having reiterated that, in cases concerning compulsory confinement, a person of unsound mind should be heard either in person or, where necessary, through some form of representation, it observed in particular that the applicant, who appeared to have been a relatively autonomous person despite his illness, had not been given any opportunity to participate in the proceedings concerning his legal capacity. Given the consequences of those proceedings for the applicant’s personal autonomy and indeed liberty, his attendance had been indispensable not only to give him the opportunity to present his case, but also to allow the judge to form an opinion on his mental capacity. Therefore, the decision of December 2004, based purely on documentary evidence, had been unreasonable and in breach of the principle of adversarial proceedings enshrined in Article 6 § 1 of the Convention.” (TEDH, 2015: 10).

¹ Com a colaboração da Auditora de Justiça Dr.ª Diana Isabel Mota Fernandes, no âmbito do 1º Ciclo da Formação Inicial do 31.º Curso Normal de Formação de Magistrados, com a supervisão da Docente Dr.ª Margarida Paz.

Texto integral

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-85611>

M.S. c. Croácia (25/04/2013)

“The case originated in a dispute between two sisters (one of whom is the applicant) and the owner and employee of the restaurant above which they live, resulting in them bringing criminal proceedings against one another and the applicant being appointed a guardian in proceedings to divest her of her legal capacity. Two violations of Article 8 as concerned the alleged attack as well as the proceedings to divest the applicant of her legal capacity. The Court found in particular that the criminal proceedings the applicant brought against the restaurant employee for attacking her were dropped without the facts ever actually having been established by a competent court of law, due to the fact that her guardian had not given express consent to continue the proceedings. The criminal proceedings concerning the alleged attack were therefore inadequate and their outcome did not have sufficient deterrent effect against further violence. The Court also found shortcomings in the proceedings to divest the applicant of her legal capacity, which had notably been requested solely on the basis of a report by a psychiatrist who had never had any contact with her.” (TEDH, 2013: 3).

Texto integral

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-118736>

Ivinovic c. Croácia (18/09/2014)

“Since her early childhood the applicant – who was born in 1946 – has suffered from cerebral palsy and uses a wheelchair. The case concerned proceedings, brought by a social welfare centre, in which she had been partly divested of her legal capacity. The Court held that there had been a violation of Article 8 (right to respect for private and family life) of the Convention, finding that the Croatian courts, in depriving partially the applicant of her legal capacity, did not follow a procedure which could be said to be in conformity with the guarantees under Article 8. “ (TEDH, 2015: 14-15)

Texto integral

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-146393>

Acesso ao Direito e à Justiça / Direito a ser ouvido/a

D.D. c. Lituânia (14/02/2012)

“Suffering from schizophrenia, the applicant was legally incapacitated in 2000. Her adoptive father was subsequently appointed her legal guardian and, at his request, she was interned in June 2004. She was then placed in a care home where she remains to date. The applicant complained in particular about being admitted to this care home without her consent and without possibility of judicial review.

The Court held that there had been no violation of Article 5 § 1 (right to liberty and security) of the Convention, finding that it had been reliably established that the applicant was suffering from a mental disorder warranting compulsory confinement. Moreover, her confinement appeared to have been necessary since no alternative measures had been appropriate in her case. The Court further held that there had been a violation of Article 5 § 4 (right to have lawfulness of detention decided speedily by a court) of the Convention, considering that where a person capable of expressing a view, despite being deprived of legal capacity, was also deprived of liberty at the request of his or her guardian, he or she must be accorded the opportunity of contesting that confinement before a court with separate legal representation.” (TEDH, 2015: 9).

Texto integral

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109091>

Stanev c. Bulgária (17/01/2012)

“Placed under partial guardianship against his will and admitted to a social care home for people with mental disorders, the applicant complained in particular that he could not apply to a court to seek release from partial guardianship.

The Court held that there had been a violation of Article 6 § 1 (right to a fair trial) of the Convention, in that the applicant had been denied access to a court to seek restoration of his legal capacity. While the right of access to the courts was not absolute and restrictions on a person’s procedural rights could be justified, even where the person had been only partially deprived of legal capacity, the right to ask a court to review a declaration of incapacity was one of the most important rights for the person concerned. It followed that such persons should in principle enjoy direct access to the courts in this sphere. In addition, the Court observed that there was now a trend at European level towards granting legally incapacitated persons direct access to the courts to seek restoration of their capacity. International instruments for the protection of people with mental disorders were likewise attaching growing importance to granting them as much legal autonomy as possible⁵. Article 6 § 1 of the Convention should be interpreted as guaranteeing in principle that anyone who had been declared partially incapable, as was the applicant’s case, had direct access to a court to seek restoration of his or her legal capacity. Direct access of that kind was not guaranteed with a sufficient degree of certainty by the relevant Bulgarian legislation.” (TEDH, 2015: 10-11).

Texto integral

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-108690>

Responsabilidades parentais

A.K. e L. c. Croácia (08/01/2013)

“The first applicant is the mother of the second applicant, who was born in 2008. Soon after his birth, the second applicant was placed, with his mother’s consent, in a foster family in another town, on the grounds that his mother had no income and lived in a dilapidated property without heating. The first applicant complained in particular that she had not been represented in subsequent court proceedings which had resulted in a decision divesting her of her parental rights, on the ground that she had a mild mental disability, and that her son had been put up for adoption without her knowledge, consent or participation in the adoption proceedings. The Court held that there had been a violation of Article 8 (right to respect for private and family life) of the Convention. Observing in particular that, despite the legal requirement and the authorities’ findings

that the first applicant suffered from a mild mental disability, she had not been represented by a lawyer in the proceedings divesting her of parental rights, and that, by not informing her about the adoption proceedings the national authorities had deprived her of the opportunity to seek restoration of her parental rights before the ties between her and her son had been finally severed by his adoption, the Court found that the first applicant had thus been prevented from enjoying her right guaranteed by domestic law and had not been sufficiently involved in the decision-making process.” (TEDH, 2015: 18-19).

Texto integral

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115868>

Kutzner c. Alemanha (26/02/2002)

“The applicants, husband and wife, and their two daughters had lived since the children’s birth with the first applicant’s parents and an unmarried brother in an old farmhouse. The applicants had attended a special school for people with learning difficulties. Owing to their late physical and, more particularly, mental development, the girls were examined on a number of occasions by doctors. On the advice of one of the doctors and on application by the applicants, the girls had received educational assistance and support from a very early age. The applicants complained that the withdrawal of their parental authority in respect of their daughters and the placement of the latter in foster families, mainly on the grounds that they did not have the intellectual capacity to bring up their children, had breached their right to respect for their family life.

The Court held that there had been a violation of Article 8 (right to respect for private and family life) of the Convention. It recognised that the authorities may have had legitimate concerns about the late development of the children noted by the various social services departments concerned and the psychologists. However, it found that both the order for placement in itself and, above all, its implementation had been unsatisfactory. In the instant case, the Court considered that although the reasons relied on by the administrative and judicial authorities had been relevant, they had not been sufficient to justify such a serious interference in the applicants’ family life.

Notwithstanding the domestic authorities' margin of appreciation, the interference had therefore not been proportionate to the legitimate aims pursued.” (TEDH, 2015: 17-18).

Texto integral

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-116020>

Dmitriy Ryabov c. Rússia (01/08/2013)

“The applicant complained about only having restricted access to his son following his placement in his maternal grandparents' care soon after being born in April 2002 as he and his wife (now deceased) were both suffering from schizophrenia. He alleged in particular that the court decisions to restrict his parental rights on the ground that he was a danger to his son had not been convincing and that any contact that had been granted to him had been illusory as it had to take place with the consent of his son's guardian, the maternal grandmother, who was hostile to him having any contact with his son.

In the circumstances of the present case, the Court held that there had been no violation of Article 8 (right to respect for private and family life) of the Convention. It was not disputed that the restriction of the applicant's parental rights had amounted to an interference with his right to respect for his family life. This interference had however been in accordance with the law, pursued the legitimate aim of protecting the health and morals and rights and freedoms of the child, and had been necessary in a democratic society, within the meaning of Article 8 of the Convention.” (TEDH, 2015: 19).

Texto integral

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-506683-508039>

(In)capacidade matrimonial**Lashin c. Rússia (22/01/2013)**

“The applicant suffers from schizophrenia and has been legally incapacitated since 2000. In 2002 he and his fiancée applied to the competent authority in order to register their marriage. However, they were unable to do so as the Russian Family Code prohibits persons legally incapacitated due to a mental disorder from getting married. Having already found a violation of Article 8 (right to respect for private and family life) of the Convention on account of the maintenance of the applicant’s status as an incapacitated person and his inability to have it reviewed in 2002 and 2003, the Court considered that there was no need for a separate examination under Article 12 (right to marry) of the Convention. The applicant’s inability to marry was one of many legal consequences of his incapacity status.” (TEDH, 2015: 19).

Texto integral

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-122970#{"itemid":\["001-122970"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-122970#{)

Direito de voto**Alajos Kiss c Hungria (20/05/2010)**

“Diagnosed with a psychiatric condition in 1991, the applicant was placed under partial guardianship in May 2005 on the basis of the civil code. In February 2006, he realised that he had been omitted from the electoral register drawn up in view of the upcoming legislative elections. His complaint to the electoral office was to no avail. He further complained to the district court, which in March 2006 dismissed his case, observing that under the Hungarian Constitution persons placed under guardianship did not have the right to vote. When legislative elections took place in April 2006, the applicant could not participate. The applicant complained that his disenfranchisement, imposed on him because he was under partial guardianship for a psychiatric condition, constituted an unjustified deprivation of his right to vote, which was not susceptible to any remedy since it was prescribed by the Constitution, and which was discriminatory in nature. The Court held that there had been a violation of Article 3 (right to free elections) of Protocol No. 1 to the Convention, finding that the indiscriminate removal of voting rights without an

individualised judicial evaluation, solely on the grounds of mental disability necessitating partial guardianship, could not be considered compatible with the legitimate grounds for restricting the right to vote. The Court observed in particular that the State had to have very weighty reasons when applying restrictions on fundamental rights to particularly vulnerable groups in society, such as the mentally disabled, who were at risk of legislative stereotyping, without an individualised evaluation of their capacities and needs. The applicant had lost his right to vote as a result of the imposition of an automatic, blanket restriction. It was questionable to treat people with intellectual or mental disabilities as a single class and the curtailment of their rights had to be subject to strict scrutiny.” (TEDH, 2015: 22).

Texto integral

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-98800>

ACÓRDÃOS SEM SUMÁRIO OFICIAL:

- Winterwerp c. Países Baixos (24/10/1979), *in*
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57597>
- Saviny c. Ucrânia (18/12/2008), *in*
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90360>
- Salontaji-Drobnjak c. Sérvia (13/10/2009), *in*
<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:ihrl/3681echr09.case.1/law-ihrl-3681echr09>
- X e Y c. Croácia (03/11/2011), *in*
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-107303>
- Kedzior c. Polónia (16/10/2012), *in*
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-113722>
- Sykora c. República Checa (22/11/2012), *in*

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114658>

- Gajcsi c. Hungria (23/09/2014), *in*

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-146411>

- Harmati c. Hungria (21/10/2014), *in*

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-147275>

Título: Interdição e inabilitação

Ano de Publicação: 2015

ISBN: 978-989-8815-06-4

Série: Formação Inicial

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt