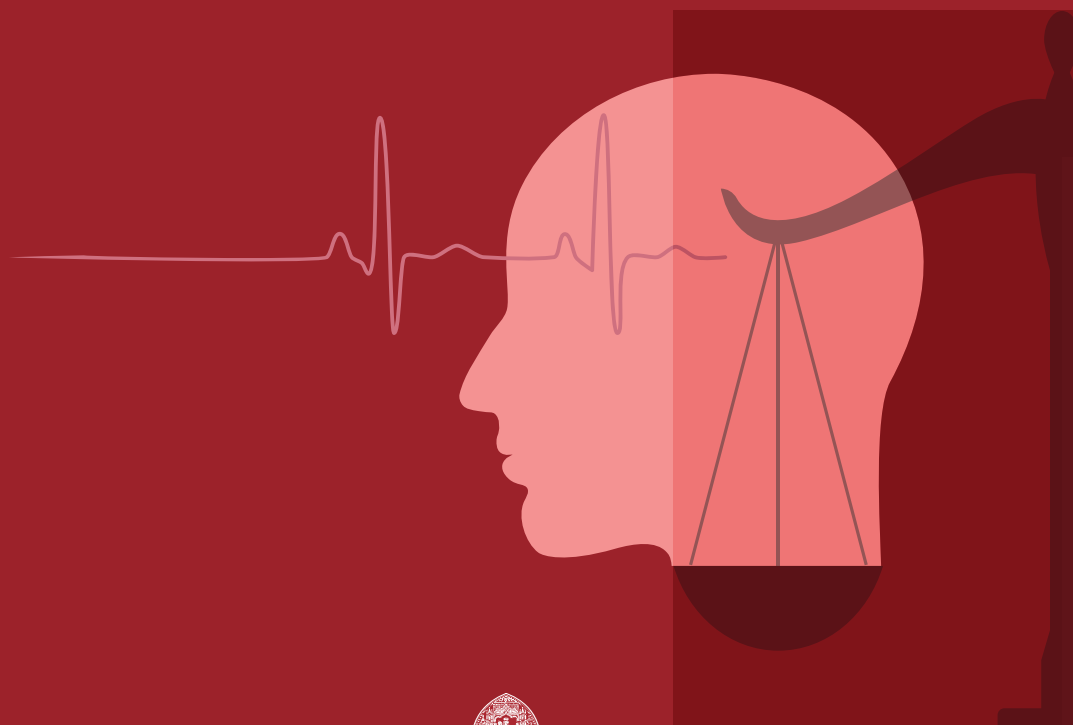


# ANOMALIA PSÍQUICA E DIREITO

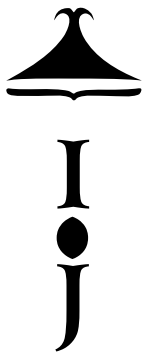
COLÓQUIO COMEMORATIVO  
DOS 20 ANOS DA ENTRADA EM VIGOR  
DA LEI DE SAÚDE MENTAL

MARIA JOÃO ANTUNES  
COORDENADORA



1 2  9 0

INSTITUTO JURÍDICO  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE  
COIMBRA



O presente livro foi realizado no âmbito das actividades da Área de Investigação «Risco, Transparência e Litigiosidade», integrada no projecto «Desafios Sociais, Incerteza e Direito: Pluralidade | Vulnerabilidade | Indecidibilidade» do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UID/DIR/04643/2019).

#### EDIÇÃO

Instituto Jurídico  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

#### CONCEÇÃO GRÁFICA

Sersilito-Empresa Gráfica, Lda.

#### CONTACTOS

geral@ij.uc.pt  
www.ij.fd.uc.pt  
Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

#### ISBN

978-989-8891-86-0

#### ISBN (e-book)

978-989-9075-49-8

#### DEPÓSITO LEGAL

474889/20

#### DOI

[https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia\\_psiquica/livro](https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia_psiquica/livro)

© SETEMBRO 2020

INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**ANOMALIA PSÍQUICA E DIREITO**  
COLÓQUIO COMEMORATIVO DOS 20 ANOS  
DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI DE SAÚDE MENTAL

**MARIA JOÃO ANTUNES**  
COORDENADORA

**2020**

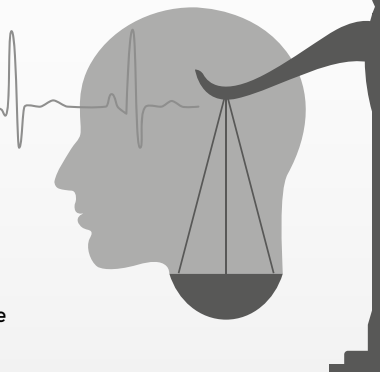


COLÓQUIO

# ANOMALIA PSÍQUICA E DIREITO

Colóquio comemorativo dos 20 anos da entrada em vigor da Lei de Saúde Mental

AUDITÓRIO DA FACULDADE DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA



**4 NOVEMBRO 2019**

**9.15h SESSÃO DE ABERTURA**

Presidente do Instituto Jurídico

Procuradora-Geral Distrital de Coimbra

Presidente do Tribunal Judicial da Comarca dos Açores

Legislação de Saúde Mental: perspetiva do Programa Nacional de Saúde Mental · Miguel Xavier (Diretor do Programa)

**10.15 I. ANOMALIA PSÍQUICA NO DIREITO SUBSTANTIVO E PROCESSUAL**

**MODERAÇÃO:** Procuradora-Geral Distrital de Coimbra, Maria José Bandeira

A importância da perícia psiquiátrica · Francisco Santos Costa (Psiquiatra)

Incapacidade do arguido para, em razão de anomalia psíquica, providenciar pela sua defesa · Pedro Soares Albergaria (Juiz)

Neurociências, culpa e inimputabilidade · Susana Aires de Sousa (Prof. FDUC)

**11.15 · 11.30 Pausa**

Notas sobre o novo regime do maior acompanhado · Rui Pedro Lima (Juiz)

Maior acompanhado - a intervenção do Ministério Público · Carlos Batista (Procurador da República)

Interdição, inabilitação e acompanhamento de maiores: semelhanças e diferenças · Mafalda Miranda Barbosa (Prof. FDUC)

**12.30 Debate**

**14.30 II. ANOMALIA PSÍQUICA E INTERNAMENTO**

**MODERAÇÃO:** Presidente do Tribunal Judicial da Comarca dos Açores, Moreira das Neves

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (e não só) e internamento compulsivo · Júlio Barbosa e Silva (Procurador-Adjunto)

Questões práticas do Internamento Compulsivo · Henrique Prata Ribeiro (Interno de Psiquiatria Júlio de Matos)

O internamento do maior acompanhado: compreender o artigo 148.º do Código Civil. Entre o internamento compulsivo e o internamento «civil» · Geraldo Ribeiro (doutorando FDUC)

O espectro do art. 46.º da LSM: ainda a gestão do património dos maiores não acompanhados? · Paula Vítor (Prof. FDUC)

**16.00 Debate**

**16.30 Pausa**

**16.45 III. ANOMALIA PSÍQUICA E EXECUÇÃO DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE**

**MODERAÇÃO:** Auditoria e Inspeção da Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, Paula Nunes da Costa

A Execução da Medida de Segurança: então e agora?... · Fernando Vieira (Psiquiatra)

A posição jurídica do internado em estabelecimento destinado a inimputáveis · Inês Horta Pinto (doutoranda FDUC)

Internamento de imputáveis em estabelecimento de inimputáveis · Maria João Antunes (Prof. FDUC)

**17.45 Debate**

**18.00 Encerramento por Sua Excelência a Provedora de Justiça, Maria Lúcia Amaral**

ORGANIZAÇÃO:



Procuradoria-Geral  
Distrital de Coimbra

Tribunal Judicial da  
Comarca dos Açores



## ÍNDICE

LEGISLAÇÃO DE SAÚDE MENTAL: PERSPECTIVA DO PROGRAMA NACIONAL PARA A SAÚDE MENTAL . . . . .	15
<i>Miguel Xavier</i>	
INCAPACIDADE DO ARGUIDO PARA, EM RAZÃO DE ANOMALIA PSÍQUICA, PROVIDENCIAR PELA SUA DEFESA . . . . .	31
<i>Pedro Soares de Albergaria</i>	
NEUROCIÊNCIAS, CULPA E INIMPUTABILIDADE. . . . .	55
<i>Susana Aires de Sousa</i>	
NOTAS SOBRE O NOVO REGIME DO MAIOR ACOMPANHADO (E O MENOR DESACOMPANHADO) . . . . .	63
<i>Pedro Mendes Lima</i>	
A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ÂMBITO DO NOVO REGIME LEGAL DO MAIOR ACOMPANHADO . . . . .	89
<i>Carlos David Antunes Andrade Baptista</i>	
ACOMPANHAMENTO DE MAIORES: A CENTRALIDADE DO MAIOR ACOMPANHADO . . . . .	95
<i>Mafalda Miranda Barbosa</i>	
INTERNAMENTO COMPULSIVO E A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM O CASO ROOMAN CONTRA A BÉLGICA, DE 31 DE JANEIRO DE 2019. . . . .	125
<i>Júlio Barbosa e Silva</i>	



QUESTÕES PRÁTICAS DO INTERNAMENTO COMPULSIVO . . . . .	135
<i>Henrique Prata Ribeiro</i>	
O INTERNAMENTO «CIVIL» NA RELAÇÃO JURÍDICA DE MAIOR ACOMPANHADO	
DAR SENTIDO AO ARTIGO 148.º DO CÓDIGO CIVIL. . . . .	143
<i>Geraldo Rocha Ribeiro</i>	
O ESPECTRO DO ARTIGO 46.º DA LEI DE SAÚDE MENTAL AINDA A GESTÃO DO PATRIMÓNIO DOS MAIORES NÃO ACOMPANHADOS? . . .	193
<i>Paula Távora Vitor</i>	
A REABILITAÇÃO E O TRATAMENTO DO CIDADÃO INIMPUTÁVEL O PASSADO, O PRESENTE E O FUTURO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA. . . . .	211
<i>Fernando Vieira</i>	
A POSIÇÃO JURÍDICA DO INTERNADO EM ESTABELECIMENTO DESTINADO A INIMPUTÁVEIS . . . . .	221
<i>Inês Horta Pinto</i>	
INTERNAMENTO DE IMPUTÁVEIS EM ESTABELECIMENTOS DE INIMPUTÁVEIS . . . . .	231
<i>Maria João Antunes</i>	
SAÚDE MENTAL E DIREITOS HUMANOS. . . . .	237
<i>Maria Lúcia Amaral</i>	

Nas últimas três décadas do século passado são detetáveis duas linhas evolutivas que marcaram irremediavelmente a problemática da saúde mental. De um lado, a que culmina num novo modelo de intervenção médica e de intervenção médico-psiquiátrica, em especial; de outro, a que nos conduz a uma nova conceção dos direitos fundamentais.

Em face de tais linhas evolutivas, foram-se sucedendo documentos no plano do direito internacional, do direito europeu e do direito interno demonstrativos das mudanças ocorridas, continuando, porém, a vigorar em Portugal a Lei de Bases de Saúde Mental n.º 2118, de 3 de abril, que a Constituição da República Portuguesa de 1976 transformou em direito ordinário pré-constitucional.

É neste enquadramento que surge a Lei n.º 36/98, de 24 de julho, cuja entrada em vigor foi diferida para janeiro de 1999. Os 20 anos da entrada em vigor da Lei de Saúde Mental reúnem-nos hoje aqui num momento que é de comemoração de uma lei que “levou a sério” os direitos das pessoas com anomalia psíquica: salvaguardou os direitos constantes da Lei de Bases da Saúde; enunciou como princípios gerais de política de saúde mental princípios fundados na reabilitação, na reinserção social e na não estigmatização do utente dos serviços de saúde mental; particularizou outros direitos, entre os quais avulta o direito à liberdade do utente dos serviços de saúde mental; e regulou o internamento compulsivo garantindo o direito à liberdade do portador de anomalia psíquica através da definição dos pressupostos e dos princípios gerais do internamento, do estabelecimento de uma série de garantias procedimentais e da definição do estatuto do internado. Reconheceu ainda a necessidade de regulamentação da gestão do património dos doentes mentais não declarados incapazes, remetendo para um decreto-lei que, incompreensível, nunca foi publicado.

A Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra, o Tribunal Judicial da Comarca dos Açores e o Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra entenderam comemorar os 20 anos da entrada em vigor da Lei de Saúde Mental debatendo a anomalia psíquica e o direito, sob diversos ângulos e com preletores de artes diversas, numa iniciativa conjunta que muito me apraz registar e que nos reúne neste Colóquio.

*Maria João Antunes*  
Coordenadora da área *Risco, Transparência e Litigiosidade*  
do Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra  
(em representação do Presidente do Instituto Jurídico,  
Senhor Doutor Aroso Linhares)

Entre as suas muitas e importantes atribuições, ao Ministério Público compete “representar o Estado, as regiões autónomas, as autarquias locais, os incapazes, os incertos e os ausentes em parte incerta” – artigo 219.º da Constituição da República Portuguesa e artigo 3.º, n.º 1, b) do Estatuto do Ministério Público (aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de outubro, na redação da Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto), ainda em vigor.

O Ministério Público é, pois, uma Magistratura que age em representação do Estado, intervindo na defesa dos interesses determinados por lei, assumindo, por isso, a defesa do interesse público.

No exercício das suas funções, os Magistrados do Ministério Público têm como obrigação legal e estatutária, zelar pelos interesses das pessoas e entidades a quem o Estado deve protecção.

E é exatamente nesta perspetiva que deve ser encarada a intervenção do Ministério Público no âmbito da Lei de Saúde Mental – Lei n.º 36/98, de 24 de julho –, o que necessariamente impõe que cada situação tenha que ser devidamente enquadrada, apreciada e avaliada, para uma decisão rápida e eficaz na busca da solução que o caso reclama, sempre tendo presente os princípios da legalidade, da objetividade e da proporcionalidade, conforme é exigido pelo artigo 8.º da lei n.º 36/98, de 24 de julho.

O cruzar de olhares vários e de saberes diversos são cruciais para a abordagem de um tema que colide com os direitos, liberdades e garantias das pessoas, constitucionalmente consagrados no artigo 27.º da CRP, restringidos apenas nos exatos termos permitidos pela CRP (artigo 27.º, n.º 3, *h*)) e sempre respeitando o disposto no artigo 18.º n.º 2 da CRP quando determina que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

E este momento, em que se evocam e comemoram os 20 anos de vigência da Lei de Saúde Mental, é seguramente o Fórum certo e o lugar indicado para a reflexão jurídica e prática que o acontecimento convoca.

Por último, um agradecimento sentido à senhora Professora Maria João Antunes pelo convite que endereçou à Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra para participar neste colóquio com o contributo dos seus Magistrados.

*Maria José Valente de Melo Bandeira*  
Procuradora-Geral Distrital de Coimbra

Gostaria que as minhas primeiras palavras fossem de agradecimento à Senhora Prof. Maria João Antunes, pela gentileza de nos ter convidado – ao Tribunal Judicial dos Açores – para integrar a parceria organizadora deste Colóquio. Esta participação constitui para nós, juízes açorianos, uma suma honra. Muito obrigado.

Este Colóquio, que tem por tema «Anomalia Psíquica e Direito», inscreve-se nas comemorações dos 20 anos da entrada em vigor da Lei de Saúde Mental. Tais comemorações são justamente devidas, pois como sabemos, aquela Lei colocou o tema e a regulamentação do internamento compulsivo das pessoas portadoras de anomalia psíquica em linha com os imperativos constitucionais, afirmando com clareza os seus direitos e rodeando os procedimentos das garantias essenciais, nomeadamente o controlo judicial.

Finalmente, em poucas palavras, cabe-me recordar que a Universidade de Coimbra e os Açores têm uma ligação antiga, pois foi sendo sobretudo aqui que ao longo dos séculos se formaram os açorianos mais ilustres, os quais, decisivamente, contribuíram com a sua ciência para o progresso e desenvolvimento da sua terra. Esta ligação, importa-me assinalar, assumiu uma feição mais dinâmica nas últimas décadas, evoluindo para uma parceria que se foi tornando adulta, para ela contribuindo os Açores com iniciativas próprias. Recordo p. ex. os encontros *Justiça nos Dois Lados do Atlântico*, que envolveram juristas açorianos e norte-americanos de origem açoriana e académicos de Coimbra; e mais recentemente, na última década, as sucessivas edições das Jornadas Açorianas de Direito.

Para este Colóquio trouxemos dos Açores uma armada composta de três naus: duas muito bem equipadas para as reflexões e propostas de solução relativamente a alguns dos mais intrincados problemas conexos com o temário central; e outra (nau) de chancelaria, menos exigente, de representação institucional.

Espero e desejo que os trabalhos sejam profícuos e que ao fim do dia todos tenhamos acrescentado algo de importante ao nosso conhecimento sobre os assuntos que são objeto deste magnífico Colóquio.

*J. F. Moreira das Neves*  
Presidente do Tribunal Judicial da Comarca dos Açores

# LEGISLAÇÃO DE SAÚDE MENTAL: PERSPECTIVA DO PROGRAMA NACIONAL PARA A SAÚDE MENTAL

[https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia\\_psiquica/1](https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia_psiquica/1)

*Miguel Xavier*

Professor Catedrático de Psiquiatria – Nova Medical School/UNL  
Director do Programa Nacional para a Saúde Mental-DGS

## **1. Lei de Saúde Mental: enquadramento e desafios**

A existência de um quadro legislativo específico é apontada pela Organização Mundial de Saúde como um dos requisitos fundamentais para o sucesso das políticas, planos e estratégias nacionais de saúde mental, sendo relevante o facto de ainda persistir um número apreciável de países nos quais não existe uma lei de saúde mental, ou em que as matérias da saúde mental não estão sequer refletidas nas leis gerais de saúde (1).

Em Portugal, depois de um longo período em que vigorou a Lei de Saúde Mental n.º 2118, de 1963, a contradição entre a prática de internamento contra a vontade do próprio e o direito fundamental da liberdade individual (artigo 27.º da Constituição), entre outros factores, levou à elaboração da actual Lei de Saúde Mental n.º 36/98, publicada em 1998 e implementada a partir de Janeiro de 1999 em todo o território nacional (2).

Ainda que uma parte significativa do seu articulado esteja focada na regulamentação do regime de internamento compulsivo, a Lei



de Saúde Mental não se limitou a este aspecto em concreto, tendo elencado os direitos e deveres dos utentes, e estabelecido os princípios gerais da política de saúde mental, os quais constituíram os marcos orientadores para a reforma então pretendida, tal como consta do artigo 3.º do texto legal:

1. a) A prestação de cuidados de saúde mental é promovida prioritariamente a nível da comunidade, por forma a evitar o afastamento dos doentes do seu meio habitual e a facilitar a sua reabilitação e inserção social;
  - b) Os cuidados de saúde mental são prestados no meio menos restritivo possível;
  - c) O tratamento de doentes mentais em regime de internamento ocorre, tendencialmente, em hospitais gerais;
  - d) No caso de doentes que fundamentalmente careçam de reabilitação psicossocial, a prestação de cuidados é assegurada, de preferência, em estruturas residenciais, centros de dia e unidades de treino e reinserção profissional, inseridos na comunidade e adaptados ao grau específico de autonomia dos doentes.
2. Nos casos previstos na alínea d) do número anterior, os encargos com os serviços prestados no âmbito da reabilitação e inserção social, apoio residencial e reinserção profissional, são participados em termos a definir pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas da saúde, segurança social e emprego.
  3. A prestação de cuidados de saúde mental é assegurada por equipas multidisciplinares habilitadas a responder, de forma coordenada, aos aspectos médicos, psicológicos, sociais, de enfermagem e de reabilitação.

Este conjunto de princípios, elaborados em consonância com o quadro conceptual preconizado pela Organização Mundial de Saúde, foi complementado pelo Decreto-Lei n.º 35/99 (3), no qual foi disposto um novo regime de organização e funcionamento dos serviços de saúde mental, incluindo os hospitais psiquiátricos, assim como das estruturas de natureza consultiva (Conselho Nacional de Saúde Mental, Conselhos Regionais de Saúde Mental).

Com base nestes dois documentos legais, foi possível realizar avanços importantes na saúde mental portuguesa, nomeadamente a densificação da rede de dispositivos de prestação de cuidados e o desenvolvimento de programas e estruturas de reabilitação

psicossocial. No entanto, a falta de planeamento e de apoio político consistente limitou significativamente o avanço da reforma dos serviços, o que levou à decisão governamental de elaboração de um plano nacional de saúde mental (PNSM 2007-16), o qual foi publicado em 2008 como resolução do Conselho de Ministros (4).

É extremamente interessante consultar os vários documentos de avaliação de implementação do PNSM 2007-16 que foram sendo feitos ao longo do tempo, já que de um modo quase constante apontam para um conjunto de problemas e obstáculos à mudança, que não foram obviados pela legislação em vigor:

- Escasso grau de autonomia executiva do Programa Nacional de Saúde Mental;
- Coordenação ineficaz das estruturas do sistema de saúde mental, com grandes assimetrias de recursos a nível regional;
- Reduzida autonomia dos diretores dos Serviços Locais de Saúde Mental (SLSM), comprometendo o desenvolvimento dos serviços na comunidade;
- Escassez persistente de recursos humanos não-médicos, por ausência de contratação;
- Modelo de financiamento e gestão inadequados, não se cumprindo a exigência legal de organização dos SLSM em centros de responsabilidade integrada;
- Financiamento proporcionalmente muito inferior à carga global decorrente dos problemas de saúde mental;
- Dificuldades na articulação com os cuidados de saúde primários;
- Desenvolvimento incipiente da Rede de Cuidados Continuados Integrados de Saúde Mental;
- Inexistência de incentivos para a realização de intervenções comunitárias;
- Inexistência a nível regional (ARS) de mecanismos executivos de monitorização da implementação de projectos e reformas.
- Baixo nível de envolvimento de associações de utentes e familiares.

Estes obstáculos foram particularmente agravados durante o período de intervenção financeira a que o país esteve sujeito, e durante o qual o plano nacional de saúde mental esteve interrompido, sem qualquer desenvolvimento significativo.

Actualmente está em curso a extensão do PNSM a 2020, com base num conjunto de recomendações de natureza política e estratégica (as recomendações técnico-científicas já estavam suficientemente bem explanadas no PNSM 2007-16), que se espera poderem pelo menos ultrapassar alguns daqueles obstáculos.

No entanto, é perfeitamente evidente que, tal como em outros países que conduziram reformas de saúde mental, o sucesso das mesmas está fundamentalmente dependente de dois aspectos: continuidade temporal das políticas e apoio governamental sustentado. Sem estes dois elementos presentes, dificilmente se poderá finalizar uma reforma da saúde mental em Portugal.

Mantêm-se, assim, plenamente actuais os desafios que se colocam ao legislador, uma vez que, duas décadas passadas sobre a publicação da Lei de Saúde Mental, persistem não só violações por vezes grosseiras da Lei, como também são evidentes as insuficiências do actual quadro legislativo no que se refere a questões várias relacionadas com a organização dos serviços de saúde mental. Relativamente à necessidade de actualização da Lei de Saúde Mental, voltaremos a esse assunto na última parte deste texto.

## **2. Direitos humanos: do internamento compulsivo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**

Em Portugal o internamento compulsivo está regulamentado pela Lei de Saúde Mental, a qual segue um modelo de tipo judicial, que procura em primeiro lugar garantir os direitos fundamentais do internando. Na prática, o internamento compulsivo, tanto na modalidade de processo comum como através do serviço de urgência, está invariavelmente dependente de uma decisão dos tribunais, só sendo possível quando se confirmam os pressupostos do artigo 12.º da Lei de Saúde Mental:

- “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 pode ser internado em estabelecimento adequado.”;
- “Pode ainda ser internado o portador de anomalia psíquica grave que não possua o discernimento necessário para avaliar

o sentido e alcance do consentimento, quando a ausência de tratamento deteriore de forma acentuada o seu estado”.

De acordo com os princípios gerais da Lei de Saúde Mental (tratamento no meio menos restritivo possível), o internamento compulsivo só poderá ser autorizado quando constituir a única maneira de se aplicar o tratamento necessário ao internando, uma vez esgotadas todas as restantes alternativas de abordagem terapêutica. De acordo com os mesmos princípios, que valorizam prioritariamente a protecção e promoção da saúde mental, o internando deverá passar a regime ambulatorio logo que clinicamente tal seja possível, havendo ainda a possibilidade intermédia de passagem a regime ambulatorio compulsivo, que constitui um meio menos restritivo que o internamento fechado.

A preocupação com a garantia dos direitos humanos está implícita (e explícita) na Lei de Saúde Mental em diversos pontos do articulado: filosofia geral de tipo judicial, manutenção dos direitos do internando (ex. voto, comunicação com a família, direito de representação, envio/recepção de correspondência, visitas, culto religioso, confidencialidade), condução e legitimação do processo de internamento da responsabilidade de um juiz, que salvaguarda a manutenção e exercício dos direitos do internando durante todo o processo (informação/notificação à família, nomeação de defensor officioso ou escolhido pelo doente, presença nas sessões, recurso, revisão a pedido do internando, revisão obrigatória após dois meses de internamento).

A avaliação externa desta prática está a cargo da Comissão para Acompanhamento da Execução do Regime de Internamento Compulsivo, criada pela Lei de Saúde Mental no artigo 38.º, que anualmente elabora um relatório das suas actividades. Dentro dos problemas mais frequentemente reportados por esta Comissão está a dificuldade de obtenção de dados estatísticos sobre o internamento compulsivo em Portugal, por ausência de mecanismo de registo *online*, sendo dada também relevância à questão conceptual do tratamento compulsivo versus internamento compulsivo, assim como à possibilidade de o regime de ambulatorio compulsivo poder ser decretado sem a necessidade de ocorrência de um internamento compulsivo prévio.

Ainda assim, apesar de problemas inerentes a procedimentos que implicam uma elevada complexidade, nomeadamente pela existência de interfaces entre áreas com bases epistemológicas substancialmente diferentes, e que deverão ser revisitados numa próxima revisão da Lei de Saúde Mental, é indiscutível que a regulamentação do internamento compulsivo veio trazer um significativo avanço na garantia dos direitos dos internandos, numa prática que há muito se encontra implementada de forma consistente em todo o território nacional.

No entanto, o internamento compulsivo não é de modo algum um procedimento isento de críticas. A garantia dos direitos humanos, não só dos internandos como de todos os indivíduos com perturbações psiquiátricas, tem sido aliás a base de uma controvérsia que tem vindo a crescer nos meios ligados à saúde mental em geral, centrada na aparente incompatibilidade entre o instituto do internamento compulsivo e determinados artigos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (5).

Ao ratificar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), adotada em Nova Iorque em 30 de março de 2007, através da Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, publicada no Diário da República, n.º 146, Série I, de 30 de julho, Portugal comprometeu-se, em matéria de direitos humanos, a cumprir e a transpor para a legislação nacional as disposições previstas naquela Convenção.

A CDPD, elaborada com a participação activa de pessoas com deficiência, tem como objectivo proteger e promover os direitos de todas as pessoas com deficiência de qualquer tipo, estabelecendo uma gama completa de direitos civis, culturais, económicos, políticos e sociais. Uma vez ratificada, e dadas as suas implicações jurídicas e políticas, a CDPD requer que os países adequem o seu quadro legal e administrativo com vista a uma correcta implementação.

A Convenção promove um modelo social da deficiência, em que esta é vista não como uma limitação do próprio, mas sim como o resultado da interação entre a pessoa com deficiência e um ambiente que contém diversas barreiras a nível físico, comportamental, social e de comunicação: neste sentido, a eliminação destas barreiras é o elemento-chave na diminuição da incapacidade e, conseqüentemente, da maior participação na sociedade.

A CDPD introduz novos paradigmas em várias dimensões, com repercussões inequívocas na legitimidade dos pressupostos para o internamento compulsivo. Segundo esta nova perspectiva, a maioria das pessoas com perturbações mentais mantém a capacidade de fazer escolhas e decisões informadas sobre assuntos importantes que afetam suas vidas, tal como é sublinhado no n.º 2 do artigo 12º, que estabelece que “os Estados reconhecerão que as pessoas com deficiência desfrutam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais em todos os aspectos da vida”. Passa-se assim de uma suposição de que pessoas com deficiência mental são incapazes de tomar decisões, para um novo paradigma de presunção de capacidade e, conseqüentemente, de competência, mesmo que com necessidade de apoio (modelo de tomada de decisão apoiada).

Por outro lado, o artigo 14º vem igualmente trazer uma mudança radical de paradigma, ao enunciar que as pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais, (i) *gozam do direito à liberdade e segurança individual*, e (ii) *Não são privadas da sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária e que qualquer privação da liberdade é em conformidade com a lei e que a existência de uma deficiência não deverá, em caso algum, justificar a privação da liberdade*.

Nos últimos anos tem surgido abundante literatura sobre o impacto destes dois artigos nas legislações nacionais sobre internamento compulsivo, uma vez que uma leitura estrita da CDPD parece retirar a legitimidade a qualquer tipo de internamento contra a vontade do próprio, sendo essa aliás a posição do UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities, assim como de outras instâncias internacionais de relevo (Special Rapporteur on Disability, Special Rapporteur on the Rights of Persons with Disabilities, UN Working Group on Arbitrary Detention, UN High Commissioner on Human Rights).

Não sendo possível neste espaço efectuar uma análise aprofundada desta problemática, apontam-se sucintamente alguns dos argumentos que mais frequentemente têm sido trazidos a esta discussão (6).

Assim, vários críticos desta posição mais radical sustentam que os aspectos mais controversos não decorrem diretamente do texto da CDPD, mas das interpretações fornecidas pelo Comité da ONU criado para monitorizar a implementação da Convenção.

No mesmo sentido, apontam a possibilidade de a leitura estrita dos artigos 12.º e 14.º violar o artigo 25º da mesma Convenção (*Direito ao mais alto padrão de saúde possível*), uma vez que dificilmente se poderá considerar que uma pessoa em surto psicótico agudo que recusa qualquer ajuda estará, de facto, a usufruir do ‘direito ao mais alto padrão de saúde possível’.

Por outro lado, ao assumir-se que a capacidade mental e a capacidade legal são independentes, podendo a segunda permanecer sem a primeira, para evitar qualquer tipo de discriminação, pode estar a incorrer-se numa situação em que a resultante poderá ser muito mais desvantajosa para o doente. Imaginemos uma pessoa com uma perturbação psiquiátrica já conhecida, que se encontra em estado confusional agudo por uma situação orgânica potencialmente fatal, e que recusa tratamento. Não estando presente a capacidade mental, será lícito que a manutenção estrita da capacidade legal coloque em risco a vida do doente? Ou, pelo contrário, a presunção universal de capacidade legal e a primazia da tomada de decisão apoiada não devem, portanto, ser consideradas absolutas, podendo existir situações de excepção, sem que isso constitua inexoravelmente uma violação dos direitos da pessoa?

É inevitável que surjam num futuro próximo desenvolvimentos neste impasse, uma vez que não poderá deixar de se encontrar uma ou mais alternativas à situação actual, que coloca os governos que ratificaram a Convenção numa posição extremamente complexa no que se refere à obrigatoriedade de adequar as respectivas leis de saúde mental à CDPD. Talvez não seja impossível encontrar uma formulação que salvaguarde o papel dado à capacidade de tomada de decisão, mas que simultaneamente não exclua a possibilidade de internamento compulsivo uma vez esgotadas todas as tentativas de suporte externo.

### **3. Sistema forense: vectores principais de reconfiguração**

As características específicas de algumas perturbações psiquiátricas, assim como de determinados perfis disfuncionais de personalidade, acarretam o aparecimento frequente de problemas de saúde mental que transcendem pelas suas consequências o sector da saúde, exigindo intervenções que implicam a participação simultânea de

dispositivos dos Ministério da Saúde e da Justiça. Este facto é transversal a todos os modelos de sociedade e de localização geográfica, embora as respostas às necessidades neste campo variem substancialmente com os modelos utilizados nas diferentes estratégias nacionais.

Em 2007, por altura da elaboração do plano nacional de saúde mental, a então designada Coordenação Nacional para a Reestruturação dos Serviços de Saúde Mental (CNRSSM) listou quatro áreas a necessitar de uma atenção especial, pelas suas implicações clínicas e legais:

- Prestação de cuidados de psiquiatria e saúde mental a inimputáveis internados;
- Prestação de cuidados de psiquiatria e saúde mental a pessoas com perturbações psiquiátricas que se encontram em estabelecimentos prisionais;
- Elaboração de perícias médico-legais psiquiátricas;
- Prestação de cuidados mandatados por decisão judicial a pessoas com problemas de saúde mental, nomeadamente crianças e jovens.

Paralelamente, inscreveu como prioridade a existência de três serviços de internamento para doentes inimputáveis a cumprir medida de segurança, situados em hospitais psiquiátricos no Porto, em Coimbra e em Lisboa, que pudessem complementar as respostas insuficientes dos serviços homólogos pertencentes ao Ministério da Justiça, um dos quais (Estabelecimento Prisional de St.<sup>a</sup> Cruz do Bispo) estava assinalado como tendo problemas estruturais muito significativos, que já na altura faziam prever o seu encerramento a médio prazo.

Por diversas circunstâncias, o diagnóstico destes problemas não teve consequências em termos de constituição de grupos de trabalho inter-ministeriais, assim como não tiveram consequências práticas as recomendações da avaliação do sistema forense efectuada em 2008 pela Inspeção Geral dos Serviços de Justiça. Igualmente infrutíferas foram as várias reuniões inter-ministeriais ocorridas até 2015, nomeadamente para resolução dos problemas de pagamento entre instituições.

Durante todo o período de intervenção financeira nada mais ocorreu no desenvolvimento do sistema forense português,



à excepção da construção de uma nova unidade de internamento para inimputáveis no Hospital Júlio de Matos (Centro Hospitalar Psiquiátrico de Lisboa), efectuada a partir da excelente requalificação imobiliária de um dos pavilhões do Hospital.

Em resumo, em 2018 o sistema forense era composto, a nível do Ministério da Saúde, por duas unidades de internamento, em Lisboa (CHPL) e em Coimbra (Hospital Sobral Cid, CHUC), esta última com insuficiências logísticas significativas, faltando a unidade prevista para o Hospital Magalhães de Lemos. A nível do Ministério da Justiça, pelo Estabelecimento Prisional de St.<sup>a</sup> Cruz do Bispo (Matosinhos) e pela enfermaria de psiquiatria do Hospital Prisional de São João de Deus (Caxias), a qual estava originalmente vocacionada para o tratamento episódico de perturbações psiquiátricas de reclusos dos diversos estabelecimentos prisionais de todo o país, e não propriamente para o internamento a longo prazo de indivíduos em medida de segurança.

O reconhecimento da insuficiência das respostas existentes no país, assim como o efeito cumulativo das sucessivas recomendações preconizadas pelo organismo ‘European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment’ (7), levou a que o desenvolvimento do sistema forense em Portugal fosse considerado uma prioridade para ambos os Ministérios. Com a extensão do plano de saúde mental a 2020, surgiu uma oportunidade de iniciar uma reconfiguração do sistema forense a nível nacional, com o objectivo de o aproximar em termos logísticos e funcionais dos sistemas existentes nos outros países da Europa Ocidental. Falamos de reconfiguração e não de actualização, porque o que está em causa não é apenas um aumento da capacidade de internamento dos serviços, ou sequer do número de unidades disponíveis. O sistema forense em Portugal sofre de várias limitações, algumas das quais comuns aos serviços de saúde mental, em que se somam problemas de instalações, problemas de funcionamento, mas acima de tudo inadequações quanto à arquitetura do modelo.

Por motivos vários, os serviços forenses não acompanharam as profundas transformações ocorridas nesta área nas últimas duas décadas, e continuam a funcionar, mau grado o enorme empenho e motivação dos seus profissionais, com uma dinâmica organizativa obsoleta, em que o problema nuclear reside na diminuta articulação

efectiva com a comunidade, entendida em sentido lato. Ao fundamentar-se em estruturas isoladas, pouco articuladas quer com os serviços locais de saúde mental, quer com as respostas da Segurança Social, o actual modelo funcional das unidades forenses não facilita de modo algum a transição para a comunidade do indivíduo a cumprir medida de segurança, com implicações várias, entre as quais o eventual prolongamento do internamento por motivos de ausência de resposta habitacional/social, algo que já foi sublinhado em relatório recente do CPT, a propósito de casos concretos detectados nas visitas do Comité a unidades forenses.

Tal já estava subentendido no PNSM 2007-2016, tendo sido de novo sublinhado na extensão do Plano a 2020, que veio apontar a necessidade de uma nova arquitetura para o sistema forense nacional, incorporando a filosofia e as orientações estratégicas do PNSM 2007-16 (foco na prestação na comunidade, continuidade de cuidados, articulação inter-sectorial e promoção dos direitos humanos das pessoas doentes).

A publicação do decreto-lei n.º 70/2019 (8), que veio regular o funcionamento das unidades forenses em meio não-priisional, deu um contributo relevante para o processo de reconfiguração do sistema forense de que o país há muito necessitava. Com efeito, para além dos aspectos de natureza jurídica e procedimental, este decreto-lei foi elaborado à luz das concepções mais actualizadas nesta área, em que as dimensões da continuidade de cuidados e da facilitação do trajecto do indivíduo para a comunidade assumem um papel absolutamente nuclear, tendo introduzido no articulado disposições específicas no sentido de promover estas mesmas dimensões.

No contexto de elaboração deste decreto-lei, o Programa Nacional de Saúde Mental/DGS elencou um conjunto de recomendações em diversas áreas, subscritas por todo o grupo de trabalho, que uma vez implementadas poderá constituir uma verdadeira mudança no modelo de funcionamento do sistema. Sinopticamente, as reformas deverão abranger os seguintes pontos:

- a. Conclusão da rede de unidades forenses – com a abertura recente da nova unidade forense no Hospital Magalhães de Lemos, persiste como necessária a requalificação da unidade do Hospital Sobral Cid. A isto acresce a necessidade, no seio do Ministério da Justiça, de requalificação das suas próprias

unidades. Inclui-se aqui também o reforço dos vários grupos profissionais, sem os quais não é possível qualquer mudança significativa no funcionamento.

- b. Mecanismos de transição para a comunidade – embora a existência de unidades modernas, bem apetrechadas e com recursos humanos adequados seja uma condição necessária num bom sistema forense, não é por si só uma condição suficiente. Tal como acontece com os restantes doentes com perturbações psiquiátricas graves, a integração e ressocialização na comunidade exige uma articulação contínua e próxima entre os agentes interessados: a Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, as unidades forenses, os serviços locais de saúde mental e as respostas sociais, nomeadamente as disponibilizadas pela Segurança Social. Com efeito, a continuidade de cuidados após o fim da medida de segurança só será garantida se existir um sistema de referenciação eficaz entre estes agentes, e se existirem mecanismos que facilitem previamente a colocação em liberdade para prova. Dentro destes mecanismos, saliente-se a futura criação de unidades residenciais de transição, associadas a cada um dos três serviços de psiquiatria forense (Porto, Coimbra e Lisboa), que permitam a antecipação de saída da unidade forense, mas ao mesmo tempo constituam um espaço de ressocialização durante o período de liberdade para prova, evitando a transição abrupta da unidade para a comunidade, que por vezes não está minimamente preparada para reintegrar o doente.
- c. Respostas residenciais – sabendo-se que em determinadas circunstâncias (desenraizamento social, natureza do crime, envolvimento familiar) não existe uma rede suficientemente sustentada que permita a reintegração residencial do indivíduo, são necessárias respostas, seja do setor público, privado ou social, com várias tipologias, adequadas ao seu acolhimento residencial, sob risco de descompensação psicopatológica por interrupção da continuidade de cuidados.

Esta reconfiguração acrescenta complexidade ao sistema forense actual, requerendo por isso mesmo a implementação simultânea de mecanismos de acompanhamento, de avaliação de qualidade e de garantia dos direitos dos internados. No entanto, poderá aproximar

o país das boas práticas em curso nos países congêneres da Europa Ocidental, e modernizar um sistema que se encontra imutável desde há décadas.

#### **4. Revisão da Lei de Saúde Mental: uma nova oportunidade**

A Lei de Saúde Mental, publicada em 1998, constituiu indiscutivelmente um momento de mudança de paradigma, tanto do ponto de vista do regulamento do internamento compulsivo, como da enunciação dos princípios gerais subjacentes à prestação de cuidados de saúde mental. Complementada com o Decreto-Lei n.º 35/99, posteriormente revisto em 2009 (9), permitiu um desenvolvimento significativo em matéria de cumprimento de direitos humanos e de orientação conceptual para a organização estrutural dos dispositivos responsáveis pela prestação de cuidados de saúde mental à população portuguesa.

Duas décadas passadas sobre a sua publicação, estamos de novo num momento em que claramente se impõe uma revisão da legislação desta área, não tanto pelo desgaste ou desenquadramento da lei, mas fundamentalmente pela emergência de novos contextos conceptuais e técnico-científicos que necessariamente têm de ser incorporados nos textos legislativos, assim como de novas exigências jurídicas na proteção dos direitos fundamentais.

Com efeito, nos últimos 20 anos ocorreram mudanças de tal modo profundas em várias dimensões da saúde mental ou de áreas com as quais a saúde mental tem intersecções relevantes, que não é possível adiar por mais tempo o processo de revisão da legislação de saúde mental, sob risco de o país não acompanhar os principais movimentos internacionais em curso nesta matéria.

Ao longo do texto fomos fazendo referência a algumas destas dimensões: o advento dos direitos humanos, o conhecimento da magnitude e prevalência das perturbações psiquiátricas, o empoderamento crescente de movimentos de utentes e familiares, o reconhecimento da transversalidade da saúde mental relativamente a todas as dimensões da vida social (individual, escolar, laboral, etc.), a que podemos associar o movimento imparável do *recovery* (10). Cada uma destas dimensões engloba tanto aspectos consensuais como áreas polémicas, de que a compatibilização entre legislação de

saúde mental (no que se refere ao internamento compulsivo) com a CDPD é um exemplo bem ilustrativo.

Para além destas dimensões, que têm um carácter mais universalista, deve ser igualmente sublinhada a publicação de legislação nacional sobre matérias que têm implicações directas na saúde mental, de que são exemplos a Lei do Maior Acompanhado e o Decreto Lei n.º 70/2019, que adapta as regras aplicáveis à execução das medidas de internamento em unidades de saúde mental não integradas no sistema prisional.

Nestas circunstâncias, a revisão da lei de saúde mental reveste-se inevitavelmente de novas complexidades, que deverão constituir matéria de reflexão aprofundada para todos os interessados. Não se trata apenas de incluir no texto legislativo as matérias a que já aludimos: pelo contrário, o processo pelo qual a revisão será feita terá um papel primordial no sucesso da mesma, assumindo particular destaque a participação de representantes de utentes e famílias não apenas na fase de discussão pública, mas ao longo de todo o processo de revisão da lei.

Da mesma forma, a consulta dos diversos *stakeholders* afigura-se como uma das iniciativas com maior potencialidade neste processo, quer pela possibilidade de uma discussão informada por uma grande variedade de perspectivas e modelos conceptuais, quer pela facilitação na criação dos consensos necessários para o texto final da lei.

Se se conseguirem integrar de forma harmoniosa os contributos da evidência científica, da protecção dos direitos humanos, dos novos modelos de organização dos serviços e de prestação de cuidados, num contexto de participação e discussão alargada, estarão reunidas todas as condições necessárias para que a revisão do texto legislativo forneça um novo impulso para a melhoria do estado da saúde mental em Portugal.

## Referências

1. Mental Health ATLAS 2017. Ed. WHO, Geneva. Acesso online: [https://www.who.int/mental\\_health/evidence/atlas/mental\\_health\\_atlas\\_2017/en/](https://www.who.int/mental_health/evidence/atlas/mental_health_atlas_2017/en/)
2. Lei de Saúde Mental. Ed. DRE n.º 169/1998, Série I-A de 1998-07-24. Acesso online: <https://data.dre.pt/eli/lei/36/1998/07/24/p/dre/pt/html>

3. Decreto-Lei n.º 35/99. Ed. DRE n.º 30/1999, Série I-A de 1999-02-05. Acesso online: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/35/1999/02/05/p/dre/pt/html>
4. Resolução do Conselho de Ministros n.º 49/2008. Ed. DRE n.º 47/2008, Série I de 2008-03-06. Acesso online: <https://data.dre.pt/eli/resolconsmin/49/2008/03/06/p/dre/pt/html>
5. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. UN. Acesso online: <https://www.dgs.pt/em-destaque/convencao-das-nacoes-unidas-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia.aspx>
6. *World Psychiatry* 18/1 (February 2019). Ed. WPA. Acesso online: <https://onlinelibrary.wiley.com/toc/20515545/2019/18/1>
7. European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Reports. Council of Europe. Acesso online: <https://www.coe.int/en/web/cpt/portugal>
8. Decreto-Lei n.º 70/2019. DRE n.º 100/2019, Série I de 2019-05-24. Acesso online: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/70/2019/05/24/p/dre/pt/html>
9. Decreto-Lei n.º 304/2009. DRE n.º 205/2009, Série I de 2009-10-22. Acesso online: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/304/2009/10/22/p/dre/pt/html>
10. JACOB, S. / MUNRO, I. / TAYLOR, B.J. / GRIFFITHS, D. “Mental health recovery: A review of the peer-reviewed published literature”. *Collegian*. 24/1 (2017) 53-61. DOI:10.1016/j.colegn.2015.08.001



# INCAPACIDADE DO ARGUIDO PARA, EM RAZÃO DE ANOMALIA PSÍQUICA, PROVIDENCIAR PELA SUA DEFESA

[https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia\\_psiquica/2](https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia_psiquica/2)

*Pedro Soares de Albergaria*

Juiz de Direito

## I

### 1. Considerações introdutórias

**1.1.** Quem observe os recentes desenvolvimentos e preocupações sobre o estatuto do portador de anomalia psíquica por força terá dado conta de que também no processo penal ele tem sido alvo de discussão. Exemplo disto, e tão mais pertinente aqui por versar igualmente, *hoc sensu*, o tema da capacidade processual, foi a recente alteração do artigo 131.º/1 CPP aportada pelo artigo 9.º da L 49/2018, de 14.8, que instituiu o Regime do Maior Acompanhado. Ao pôr termo à rígida equação nos termos da qual à interdição jurídico-civil correspondia sempre uma incapacidade para prestar testemunho, quis o legislador colocar a norma em linha com os preceitos da igualdade, proporcionalidade e da tutela jurisdicional efectiva. Nisto, é justo frisar, os tribunais foram o instrumento eficiente da mudança, à qual já vinham instando desde o importante acórdão da rl de 22.5.2007<sup>1</sup>, que deu espaço a larga progenitura,

---

<sup>1</sup> RL 22.5.2007 (Nuno Gomes da Silva), [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).



quer na jurisprudência comum<sup>2</sup>, quer na constitucional<sup>3</sup>. Outra observação é a de que todas essas espécies versaram a capacidade para prestar declarações com relevo probatório por parte de pessoa que sendo ofendida, constituída ou não assistente, tinha algum interesse, maior ou menor, no desfecho do processo e em especial na efectivação da pretensão punitiva do Estado. A questão que aqui nos importa – a da capacidade processual do arguido – coloca-se num polo até certo ponto “simétrico” àquele, mas do legislador, da doutrina e dos tribunais, tem recebido mais modesta e titubeante atenção, embora, como adiante veremos, também aqui a jurisprudência se venha assumindo, sobriamente ainda, como o principal agente de mudança.

**1.2.** Que as coisas neste particular vão todavia evoluindo é algo que se deduz, para o que aqui mais importa, de desenvolvimentos relativamente recentes do Direito internacional e europeu que, a meu ver, colocam em tensão a solução portuguesa a respeito da incapacidade processual do arguido, a somar à (e a reforçar a) que já se podia observar quando se confrontasse tal solução com a própria CRP, em especial com o preceito que consagra a plenitude das garantias de defesa do arguido e a feição acusatória do processo penal pátrio. Para abordar o tema começarei, como é metodologicamente conveniente, por isolar os limites do mesmo, o que naturalmente remete para a distinção entre a inimputabilidade, por um lado, e a incapacidade processual ou, o que é para mim o mesmo, a incapacidade para providenciar pela própria defesa, por outro. De seguida, ensaiarei densificar o conteúdo do direito à autodefesa e pronunciar-me-ei sobre as condições que se hão-de verificar no arguido para cabal exercício dele. Depois, desenharei esquisso da solução nacional para as situações em que ao arguido falece aquela capacidade. Seguidamente, farei menção aos desenvolvimentos e instrumentos normativos internacionais e europeus que tornam questionável aquela solução. No fim, dando de barato a necessidade de intervenção legislativa na matéria, ensaiarei uma aplicação do CPP que, no

---

<sup>2</sup> RL 23.11.2010 (Paulo Barreto), RC 9.3.2016 (Inácio Monteiro) e RG 25.3.2019 (Pedro Cunha Lopes), todos em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>3</sup> TC 359/2011 (João Cura Mariano), 397/2017 (Gonçalo Almeida Ribeiro) e 486/2018 (Fernando Vaz Ventura), [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

ínterim, se coloque em linha com aqueles desenvolvimentos e textos normativos.

## II

### 2. (In)imputabilidade e (in)capacidade processual

**2.1.** Porque o nosso cp consagra minucioso regime para a sua falta, o jurista está mais familiarizado com a problemática da *imputabilidade*, que se resolve na capacidade para ser objecto de um juízo de culpa por referência a um certo facto previsto na lei como crime, juízo que se presume na generalidade das pessoas e que postula a capacidade de o agente do crime para “avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação”. Inversamente, *inimputável* será aquele que por referência ao facto descrito na lei como crime seja, em razão de anomalia psíquica, por força contemporânea da prática dele, incapaz de fazer aquela avaliação ou, fazendo-a, não se consiga determinar por ela, restando os seus ímpetos e não o praticando. Isto, e como se sabe, resulta de modo lapidar do artigo 20.º/1 cp. Diferentemente, a *capacidade processual*, não conceptualizada na nossa lei, nada tem que ver imediatamente com o facto criminoso, o qual só lhe importa em termos mediatos: enquanto razão de ser de instauração de processo-crime. Quer dizer, a *capacidade processual* é a aptidão do arguido para exercer pessoalmente a sua defesa independentemente da questão de se saber se no momento da prática do facto era ou não susceptível de um juízo de culpa. Em termos tais que a pessoa será *processualmente incapaz* quando, em razão de anomalia, não tenha condições para, no momento em que tenha de intervir no processo e ao longo dele, providenciar por uma defesa inteligente e inteligível.

**2.2.** Trata-se de uma conceptualização que assenta numa distinção no plano *temporal* e no do *objecto ou conteúdo*: ali, a inimputabilidade é referida ao passado, *ao momento da prática do facto* (artigo 20.º/1 cp), enquanto a incapacidade é referida *ao momento, a cada momento, da intervenção no processo*; aqui, a inimputabilidade é a incapacidade de o agente do facto para *assimilar a ilicitude dele ou de se determinar de acordo com essa assimilação*, enquanto a

incapacidade processual se resolve na *falta de condições para o agente do facto providenciar pela sua autodefesa*. A traço grosso, mas que cuida expressivo, poderá dizer-se que a inimputabilidade é uma incapacidade referida à avaliação do sentido do facto descrito como crime enquanto a incapacidade processual é referida à defesa no processo desencadeado em razão daquele facto. Do que resulta que é cogitável uma *multiplicidade de combinações*: pode o agente ser inimputável à data do facto, mas plenamente capaz de se defender no momento de intervir no processo; pode ser imputável à data do facto, mas incapaz de se defender no momento de intervir no processo; pode, enfim, ser inimputável à data do facto e incapaz de se defender no momento de intervir no processo. Pode de resto suceder que a anomalia que elimine a imputabilidade não restrinja a capacidade processual – e o contrário<sup>4</sup>.

### 3. Direito de defesa como direito à autodefesa e condições intelectuais necessárias ao exercício do mesmo

#### 3.1. Considerações gerais

Aqui chegado, e para cumprir o guião que acima me propus, passando à questão de saber qual a solução inscrita no nosso CPP para a incapacidade processual do arguido em razão de anomalia psíquica, necessário é, de modo prévio, abordar duas questões: a primeira, é a de saber em nome de que garantias de defesa é postulada uma capacidade de uma pessoa se defender por si mesma; depois, coisa distinta, saber quais as condições que se têm de verificar numa pessoa para que possa acudir à sua defesa. Estando ambas ligadas – garantias de defesa, por um lado, e condições pessoais necessárias ao respectivo exercício, por outro – é óbvio que as garantias de defesa pessoal são sempre as previstas na lei e na Constituição, enquanto a possibilidade de exercê-las satisfatoriamente já depende das condições intelectuais do arguido no momento em que for chamado ao processo. Quer dizer, se a consideração daquelas é por assim

<sup>4</sup> Cf. José HERNÁNDEZ GALILEIA, “Control de la capacidad procesal del investigado en el proceso penal”, in AA.VV., *Derechos y Garantías del investigado con Transtorno Mental en la Justicia Penal*, Ministerio de Economía y Competitividad, 2016, 62.

dizer “estática”, o exercício das mesmas é, por força, contingente e dinâmico. É nisto, no fim de contas, que se resolve a capacidade processual do arguido.

### 3.2. Conteúdo do direito de defesa como direito à autodefesa

**3.2.1.** Primeira observação a fazer é a de que o direito de defesa assume uma feição, digamos, bifronte, comportando de um lado o direito de assistência técnica por defensor (artigo 32.º/3 CRP) e, por outro, o direito de autodefesa, que se há-de deduzir do princípio da plenitude das garantias de defesa (artigo 32.º/1 CRP) e da estrutura acusatória do processo penal (artigo 32.º/5 CRP), que postula o arguido não como mero objecto do processo, mas como um sujeito dele, que como tal deve poder contribuir, *efectiva e autonomamente*, para o “dizer” da justiça do caso. Tais dimensões são a “cara e coroa da mesma moeda” – direito de defesa –, ambas essenciais, não podendo a meu ver falar-se de direito de defesa subtraindo-se à equação, ou desconsiderando nela, uma das ditas dimensões. Mas cabe dizer, e sublinhar, que o direito de defesa é um direito do arguido, não do defensor. É àquele, não a este, que cabe dirigir a sua defesa, em termos tais que se defesa técnica e defesa pessoal são entre si complementares, a primeira está ao serviço, é instrumental, ancilar, relativamente à segunda, e, por decorrência, aquela não pode exaurir ou consumir esta – um ponto que, como veremos, é crítico na solução portuguesa na questão que aqui nos ocupa.

**3.2.2.** O nosso CPP é generoso no reconhecimento de direitos susceptíveis de serem levados à conta de núcleo da autodefesa, entendida esta como “quociente de contributo pessoal que a parte pode trazer à globalidade do esforço defensivo”<sup>5</sup>. Desde logo, numa perspectiva da autodefesa enquanto *non facere*, avulta, como óbvio, o direito de o arguido se remeter ao silêncio e de não contribuir involuntariamente para a sua incriminação (arts. 61.º/1/d e 343.º/1 CPP). Do *lado activo*, a defesa pessoal integra como ponto nodal a possibilidade de contraditar as imputações que lhe são dirigidas ao longo do processo, podendo fazê-lo através de declarações, incluindo

<sup>5</sup> Maria Gabriela AIMONETTO, *L’Incapacità dell’imputato per infermità di mente*, Milão: Giuffrè Editore, 1992, 66.

o direito à última palavra (arts. 61.º/1/b, 141.º/5, 143.º/2, 144.º/1, 194.º/4, 272.º/1, 292.º/2, 303.º/1, 343.º, 357.º/1/a e 361.º/1, CPP), da apresentação de exposições, memoriais ou requerimentos (artigo 98.º/1 CPP), ou do oferecimento de prova (artigo 61.º/1/g CPP, apenas para citar a norma básica), tudo supondo que lhe são asseguradas as condições ancilares da contraditoriedade, *maxime*, que lhe seja dada possibilidade de estar presente nos actos que lhe digam respeito (arts. 61.º/1/a, 297.º/3, 300.º e 332.º/1, de entre outros) e se lhe dê conhecimento dos factos (e das alterações deles) que integram as imputações (por ex., os arts. 61.º/1/c, 141.º/4, 143.º/2, 144.º/1/d, 283.º/5/6, 303.º/1 e 358.º/1 CPP). Como se vê – e o quadro traçado não pode dizer-se exaustivo –, a lei prevê como susceptíveis de preencherem o núcleo da defesa pessoal do arguido um compacto conjunto de direitos a exercer pessoalmente por ele, ainda que coadjuvado ou aconselhado por defensor (essencial no que respeita ao estabelecimento tendencial de uma “igualdade de armas” no exercício do contraditório). Trata-se de um amplo feixe de direitos que visa garantir, em conformidade com a feição acusatória do processo, uma *efectiva intervenção, e intervenção conformadora*, do arguido no que tange ao desfecho do processo e, assim, ao seu destino.

### 3.3. A capacidade processual do arguido como capacidade referida à autodefesa

**3.3.1.** Dúvida não haverá que o exercício desse feixe de faculdades, direitos e garantias fica condicionado, da banda do seu titular (que é o arguido, repisa-se), à verificação neste de um mínimo de competências intelectuais condição da sua autonomia: “[o] primeiro, e mais básico, requisito da autonomia no processo penal é o de que o arguido seja «capaz». Sem capacidade para compreender a natureza do processo penal e as acusações que lhe são dirigidas ou sem capacidade para cooperar com quem no processo o representa, não pode participar nele”<sup>6</sup>. Com efeito, é bem provável que uma pessoa que sofra de uma anomalia psíquica de tal modo comprometedora

<sup>6</sup> Markus Dirk DUBBER, “The Criminal Trial and the Legitimation of Punishment”, Antony DUFF *et al.*, ed., *The Trial on Trial*, vol. I: *Truth and Due Process*, Oxford / Portland: Hart, 2004, 92.

das suas funções intelectuais e cognitivas, não importa a natureza dela, se veja na impossibilidade de compreender a imputação que lhe é dirigida, as consequências que dela possam derivar, de conferenciar com o seu defensor, facultando-lhe elementos probatórios, expondo-lhe a sua visão das coisas, dele recebendo conselhos, etc. É bem provável, por outro lado, que um arguido nessas condições, mesmo que não se encontre em estado de pura “ausência intelectual”, seja mais proclive a mostrar-se confuso, incapaz de se lembrar e processar factos e a fazer asserções lesivas – tudo naturalmente agravado (porque a vulnerabilidade de tais arguidos é dupla) pela tensão resultante da própria marcha do processo, da solenidade e do *quid* de coerção que lhe inere, *v. g.*, interrogatórios policiais, detenções, audiência de julgamento.

**3.3.2.** É diante disto que vários sistemas consagram normas para lidar com a incapacidade processual do arguido, trate-se de soluções de base jurisprudencial, como sucede paradigmaticamente nos sistemas de *common law*, seja pondo-as em letra de lei. Nos países de tradição jurisprudencial, em que o processo, mais do que com uma estrutura acusatória, se desenha de modo verdadeiramente “adversarial”, e onde por conseguinte a visão “desportiva” do processo (caricatura que seja) implica que os adversários se mostrem *fit*, a verificação de uma concreta capacidade processual do arguido é desde há muito algo de inquestionável. Assim, na Inglaterra e em Gales, os pressupostos do “fitness to stand trial” (nomenclatura ali utilizada), tal como hoje ainda são essencialmente considerados, remontam a meados do século xix, sendo fixados em 1836 no caso *Regina c. Pritchard*, com desenvolvimentos em 1853 (capacidade de instruir e conferenciar com o defensor)<sup>7</sup>, no caso *Regina c. Davies*. Como se disse, e muito embora os critérios estabelecidos aí tenham sido entretantos enquadrados na lei, são os ainda em uso naquelas nações. Do mesmo modo, nos e.u.a., os critérios definidores da “competency to stand trial” (nomenclatura usada neste país), tais como hoje são considerados, resultam de uma conhecida decisão de 1960, *Dusky c. United States*, que, como seria de esperar, dispõe o “competency test” em termos próximos do conjunto Pritchard

<sup>7</sup> ENGLAND AND WALES HIGH COURT (KING’S BENCH DIVISION), *Rex c. Pritchard* (1836), <https://www.casemine.com/judgment/uk/5a938b4360d03e5f6b82c1c8>.

– Davies: no arguido terá de se verificar uma “capacidade para conferenciar com o seu defensor com um razoável grau de compreensão racional” e terá ele de ter uma “racional e bem assim factual compreensão dos procedimentos levados a cabo contra si”<sup>8</sup>.

**3.3.3.** Igualmente em vários sistemas de matriz continental encontramos formulações destinadas a lidar com o problema de que aqui se cura. Assim sucede, igualmente já desde meados do século XIX, com a Holanda, cujo CPP (artigo 16.º) dispõe que se a doença ou afecção mental de que sofre o arguido for de tal monta que em razão dela àquele “falte a capacidade para compreender o objectivo do processo instaurado contra ele, o tribunal deve suspender o processo, independentemente da fase em que ele se encontre”, acrescentando o n.º 2 que a “suspensão será revogada logo que se verifique o restabelecimento do arguido”. A este regime, por assim dizer telegráfico e lacunoso, o CPP italiano responde com um que é porventura o mais minucioso, ao menos no plano dos países que nos são mais próximos, espalhando-o por vários preceitos, aliás muito recentemente alterados de modo a dar resposta aos casos dos “eterni giudicabili”, quer dizer os arguidos afectados em termos irreversíveis de acordo com o estado da ciência médica (artigo 72.º bis CPPIT, introduzido pela Lei de 23 de Junho de 2017). Não obstante a completude e minúcia do regime italiano, a menção ao critério com base no qual se pode concluir pela incapacidade processual do arguido é também extremamente vaga: impossibilidade de “participação consciente no processo” decorrente de doença mental (arts. 70.º/1, 71.º/1, 72.º/2 e 72.º bis CPPIT).

**3.3.4.** Não era minha intenção, por inapropriado ao meu desiderato, ensaiar aqui qualquer excursão detido pelo direito comparado. O meu ponto foi, apenas, o de dar nota que a questão que nos ocupa é, de modo mais ou menos amplo, regulada noutros ordenamentos jurídicos. Importante notar é que sendo *necessário* detectar no arguido uma anomalia psíquica isso *não é suficiente* para concluir pela sua incapacidade para providenciar à sua defesa (incapacidade processual). Importante é concluir que aquela *anomalia, por força grave, afecta sensivelmente, ou anula, as capacidades intelectivas e de*

<sup>8</sup> Supreme Court (EUA), *Dusky c. United States* (362 us 402).

*raciocínio do arguido ao ponto de lhe impossibilitar o exercício da auto-defesa.* Donde, minguará a capacidade de defesa ao arguido que não consegue compreender a imputação e nem selecionar argumentos em sua defesa, que não tem condições para discernir as alternativas que se lhe antepõem e nem para instruir o seu defensor ou se aconselhar com ele. Está assim, seguramente, o *arguido cuja presença é meramente física, material, mas não intelectual* (imaginemos aquele que sofreu um acidente vascular cerebral grave ou o doente que padece de avançado alzheimer, que nem tem consciência, e menos compreende, o que se passa à sua volta), mas também aquele que, podendo declarar, até mesmo de forma inteligível, mostra-se todavia incapaz de decidir se e sobre o que declara com prévia compreensão dos conselhos do seu defensor – também num tal caso *não se pode dizer que as suas declarações tenham sido marcadas pela racionalidade.* Naturalmente que a impossibilidade que está aqui em causa não é uma tal que resulte de consciente e voluntária renúncia do arguido à defesa<sup>9</sup>, um ponto que, de resto, é aflorado na nossa lei, ao dispor que a audiência segue na ausência do arguido quando a incapacidade dele para nela participar resulte de essa incapacidade ter sido por ele causada, dolosa ou negligentemente (artigo 332.º/6 CPP).

#### **4. A solução portuguesa**

**4.1.** Diante de uma incapacidade processual do arguido, quer dizer, de incapacidade dele para acudir à sua defesa, nos termos acima referidos (3.2. e 3.3), o CPP nada dispõe expressamente sobre o assunto, antes resultando do modelo nele consagrado que a detecção de uma anomalia psíquica com aqueles efeitos não tem qualquer consequência sobre o curso do processo, prosseguindo este os seus termos até julgamento (se for o caso), com eventual imposição no culminar dele da reacção penal. A salvaguarda para o arguido nessas condições consiste tão só na obrigatoriedade de assistência de defensor (artigo 64.º/1/d CPP), na desconsideração de

---

<sup>9</sup> Sobre o que aqui se diz, cf., Vicente GRIMA LIZANDRA, *El derecho de defensa del imputado com graves anomalías psíquicas*, 2010, [http://www.juecesdemocracia.es/asociados/comisiones/penal/articulos/Derecho\\_defensa\\_imputado\\_anomalias\\_psiquicas.pdf](http://www.juecesdemocracia.es/asociados/comisiones/penal/articulos/Derecho_defensa_imputado_anomalias_psiquicas.pdf).



confissão (artigo 344.º/3/b CPP) e na possibilidade de, tratando-se de anomalia sobrevinda relativamente à prática do facto, anterior ou posterior à condenação, poder ser ele internado em estabelecimento para inimputáveis (artigo 105.º/1 cp), excepto se não se evidenciar perigosidade, caso em que a pena será suspensa até cessar o estado que fundamentou a suspensão (artigo 106.º/1 cp). Notar-se-á que muito embora este seja o regime destinado a fazer face a uma eventual incapacidade processual do arguido, em especial a obrigatoriedade de assistência por defensor, a nossa lei refere todos os preceitos acima referidos, literalmente, à questão da *inimputabilidade*.

**4.2.** Trata-se de um modelo ao qual podem ser assinaladas duas virtudes. A primeira, evidente, é a de que é simples, quer dizer de manejo judicial simples e mais ou menos linear. Depois, foi edificado com base num propósito a todos os títulos louvável: sujeitar o portador de anomalia psíquica, candidato à eventual sujeição a medida de segurança, ao mesmo regime que o arguido mentalmente são, candidato a eventual sujeição a pena. Se bem vemos as coisas, este sistema, digamos assim, “unitário”, que rompeu com a lógica do “incidente de alienação mental” previsto no CPP /1929, é o congruente com a consideração do facto ilícito-típico como inarredável elemento indiciador da perigosidade criminal fundada em anomalia psíquica e assim legitimador da aplicação de medida de segurança – e não como mero “desencadeador” de medida desse jaez<sup>10</sup>. Ou dito de modo mais enxuto, creio que sem falhar o alvo: o sistema unitário foi uma resposta à necessidade de o direito das medidas de segurança, tal como o direito das penas, se prefigurar como um “direito penal do facto”, que é o único compatível com um direito penal de corte liberal.

**4.3.** Porém, a resposta unitária foi tal, digo-o agora num tom mais crítico, que logo do ponto de vista conceptual não deixa de suscitar perplexidades. Assim p. ex., pergunta-se, a referida obrigatoriedade de assistência por defensor (artigo 64.º/1/a CPP) e o relatado desvio aos efeitos ordinários da confissão (artigo 344.º/3/b

---

<sup>10</sup> Problemática que, como se sabe, foi singularmente desenvolvida por Maria João ANTUNES, *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

CPP), muito embora literalmente referidos a uma actual ou apenas suspeitada “inimputabilidade”, não cuidarão propriamente de um problema de capacidade processual do arguido, e assim não deveriam ter sido expressos? A única resposta que antolho possível é a positiva: o que verdadeiramente importa, para assegurar uma defesa processual condigna, é a capacidade mental do arguido referida à sua intervenção em cada momento do processo e não ao facto que, no passado, praticou. Quer dizer, fala-se ali de inimputabilidade, mas o que ali se cura, na materialidade das coisas, é de *incapacidade de providenciar à própria defesa* – por isso a assistência é obrigatória e por isso a confissão não produz os efeitos que geralmente produz. A não ser assim, leitura do artigo 64.º CPP agarrada à sua literalidade levaria a soluções insustentáveis, a mais de absurdas: a dúvida sobre a capacidade do arguido para avaliar a ilicitude de facto passado ou de se determinar de acordo com essa avaliação implicaria obrigatoriamente a nomeação de defensor mesmo quando na altura da sua intervenção processual estivesse plenamente capaz de providenciar pela sua defesa (artigo 64.º/1/d CPP), mas já a imputabilidade evidente do arguido, todavia incapaz de prover, em razão de anomalia psíquica grave, à sua defesa processual só requereria a assistência de defensor na hipótese residual de se entender que “as circunstâncias do caso revel[am] a necessidade ou conveniência de o arguido ser assistido” (artigo 64.º/2 CPP).

**4.4.** Mais importante, porém, é notar que aquele louvável desiderato foi levado por diante eliminando de caminho regulamentação como a constante do CPP/1929 que dispunha sobre típica situação de incapacidade processual do arguido, precisamente onde precavia que a “falta de integridade mental dele”, “posterior à prática da infracção”, implicava a suspensão da “execução do despacho de pronúncia, ou equivalente, bem como os ulteriores termos do processo” (artigo 130.º, § único, CPP/1929). Ora, levar por diante e sem sobressaltos o processo contra pessoa incapaz de compreender a imputação que se lhe dirige e de seleccionar argumentos em sua defesa, sem condições para discernir as alternativas que se lhe antepõem e para instruir o seu defensor ou se aconselhar com ele, enfim, incapaz de efectuar um uso racional dos direitos acima referidos (3.2.2.), tudo com a garantia (nestas condições puramente formal) de que é assistido por defensor e que, a confessar, essa sua confissão

não será tida em conta, não apenas desconsidera directamente o seu direito de defesa na vertente de defesa pessoal como, indirectamente, aquele direito na vertente de defesa técnica, já que esta, para cobrar sentido, nutre-se, alimenta-se, das informações e sugestões que o próprio arguido faça ao seu defensor<sup>11</sup>. Breve, é a meu ver prosseguir o processo em termos incompatíveis com o *predicado de “fairness” inerente a um processo de estrutura acusatória* (arts. 32.º/1/5 CRP). Estou mesmo convicto que um tal modelo, a ser aplicado na sua literalidade, dificilmente, em algum ponto ou momento, se furtará à censura das instâncias de controlo da constitucionalidade e às instâncias de controlo de conformidade com instrumentos internacionais a que Portugal se acha vinculado.

## 5. Nova Iorque, Estrasburgo e Bruxelas

**5.1.** Com efeito, recentes instrumentos provenientes das mais significativas instituições internacionais na matéria reforçam a ideia de que a intervenção do arguido tal como postulada num processo justo ou equitativo terá de ser *efectiva* o que por sua vez implica a verificação naquele das suficientes condições psíquicas para providenciar à sua defesa. Desde logo, a CDPD da o.n.u., adoptada em Nova Iorque em 30 de Março de 2007 e integrada no nosso ordenamento pela Resolução 56/2009 da Assembleia da República, dispõe, para afastar “discriminação com base na deficiência”, que ficam obrigados os estados a efectuar as “modificaç[ões] e ajustes necessários e apropriados (...) para garantir que as pessoas com incapacidades gozem ou exerçam, em condições de igualdade com as demais, de todos os direitos (...) e liberdades fundamentais” (artigo 2.º CDPD). E o para aqui muito relevante artigo 13.º CDPD, relativo ao “acesso à justiça”, prescreve que aquele acesso de pessoas com deficiência, para ser *efectivo*, far-se-á através de “*adaptações processuais* (...) de modo a facilitar o seu *papel efectivo* enquanto participantes directos

---

<sup>11</sup> Assim, quanto a este último ponto, Jerónimo GARCÍA SAN MARTÍN, “Incapacidad de obrar procesal «versus» inimputabilidad: dos realidades no necesariamente convergentes”, in AA.VV., Ignacio FLORES PRADA, dir. / Ana SÁNCHEZ RUBIO, coord., *Transtornos mentales y justicia penal – Garantías del sujeto pasivo com trastorno mental en el proceso penal*, Pamplona, 2017, 181.

ou indirectos (...), em todos os processos judiciais, incluindo as fases de investigação e outras fases preliminares” (itálico meu).

**5.2.** De suma importância é a jurisprudência que vem sendo paulatinamente desenvolvida pelo TEDH a partir do artigo 6.º da CEDH, nos termos da qual a exigência de “fair trial” implica *efectiva participação* processual do arguido o que, por sua vez, requer a verificação nele de capacidade para compreender a natureza do processo e o que neste se joga relativamente à sua pessoa (*v. g.*, as reacções penais de que possa ser objecto), para acompanhar a produção de prova e para trocar impressões com o seu defensor, informando-o ou dele tomando conselho. Aquele princípio foi sendo edificado sobre casos que tiveram em comum o referirem-se a arguidos menores de idade, todos eles sujeitos a julgamento, como se adultos fossem, por tribunais de júri do Reino Unido. A lição que aqui importa extrair do aresto *Stanford* (1994), dos casos conexamente apreciados em *T. e V.* (1999)<sup>12</sup> e do caso *S. C.* (2004), no qual se refinou o conceito de “participação efectiva”, é a de que a *representação por defensor de arguido sem capacidade processual pode não ser suficiente para assegurar um “fair trial”* à luz da CEDH<sup>13</sup>. Assim, p. ex., nos casos conexos referidos (*T. e V. c. Reino Unido*), e não obstante, além de defensor, se ter providenciado pelo prévio “aclimatar” os menores com a sala da audiência, se lhes ter disponibilizado “kit” destinado a familiarizar crianças com os procedimentos judiciais e se os ter acomodado junto dos pais, defensores e assistentes sociais, apesar de tudo isto e em particular da representação por advogados, dizia, concluiu o TEDH que nos arguidos, não apenas em razão da sua menoridade, *mas também do seu estado mental*, não se verificavam condições para “participar efectivamente” no processo e em especial não tinham condições para cooperar em termos suficientes com os seus defensores, providenciando-lhes informação preordenada à sua defesa. A circunstância de as espécies jurisprudenciais citadas se referirem a menores sujeitos a julgamento como se maiores fossem (consequência do baixo patamar etário requerido no Reino Unido para estabelecimento da responsabilidade criminal) não altera os dados do problema, sendo evidente que adultos poderão estar em

<sup>12</sup> O famoso e traumático caso do assassínio do pequeno James Bulger.

<sup>13</sup> Todos acessíveis em <https://echr.coe.int>.

piores condições mentais do que crianças com 11 anos de idade, como eram Robert Thomson e Jon Venables, algozes do bebé James Bulger, em *T. e V. c. Reino Unido*. E, a mais disto, decorre da jurisprudência do TEDH que aquela orientação não se confina aos países de tradição de direito comum, antes se aplicando aos países de tradição continental, como decorre de decisões como *Liebreich c. Alemanha* (2008) e *G. v. França* (2012)<sup>14</sup>.

6. Até há não muito tempo e sobretudo desde os atentados de 11/9 de 2001, que estabeleceram o clima apropriado, a preocupação central de Bruxelas no que ao processo penal respeita foi a de facilitar a *perseguição* penal transfronteiriça, orientação que se ilustra de modo particularmente exuberante com o regime do MDE. De há uns anos a esta parte, porém, toma-se a consciência de que a confiança que é o verdadeiro cimento do princípio de reconhecimento mútuo, todavia já anunciado em Tampere (1999), não se pode alimentar à margem de preocupações com os *direitos e garantias* processuais dos arguidos. Vai nisto, certamente, um certo cinismo, já que o reforço desses direitos e garantias parece estar (continuar) em certa medida funcionalizado ao sucesso da cooperação judiciária (leia-se: da eficácia da perseguição criminal). Seja como for, para não ir mais atrás, importa realçar a Resolução do Conselho da ue de 30 de Novembro 2009, mediante a qual foi estabelecido um “*Roteiro para reforço dos direitos fundamentais dos suspeitos ou acusados em processos penais*” que precisamente dando conta daquelas observações e preocupações (cf. considerandos 6, 9 e 10) estabelece uma metodologia de concretização por etapas e para o efeito estabelecendo num seu “Anexo” seis medidas, várias das quais já concretizadas por directivas. Para o que aqui nos importa, a Medida E preconiza que “[p]ara garantir a equidade do processo, é importante que se dê especial atenção aos suspeitos ou acusados incapazes de compreender ou de acompanhar o conteúdo ou o significado do processo devido, por exemplo, à sua idade ou ao seu estado mental ou físico”. Este “Roteiro” foi depois incorporado no *Programa de Estocolmo* (2009), do Conselho

---

<sup>14</sup> Peter VERBEKE *et al.*, “Protecting the fair trial rights of mentally disordered defendants in criminal proceedings: Exploring the need for further EU action”, *International Journal of Law and Psychiatry* 41 (2015) 69 s., que aqui sigo de perto. Os acórdãos estão acessíveis em <https://echr.coe.int>.

Europeu (cf. ponto 2.4, relativo aos “direitos do indivíduo no processo penal”), que do mesmo passo convidou a Comissão a uma “rápida implementação” daquelas “medidas”, “nas condições nele [Roteiro] fixadas”.

**6.1.** No que tange à acima descrita Medida E, que é a que aqui nos importa, e para sua concretização, a ue operou de acordo com uma lógica diferenciada: para os *vulneráveis em razão da idade* – menores de 18 anos – lançou mão de um instrumento com *força vinculativa*, a Directiva (ue) 2016/800 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2016, que o Estado português transpôs para a Ordem Jurídica interna pela L 33/2019, de 22 de Maio, que operou a 33.<sup>a</sup> alteração ao CPP; para os *vulneráveis em razão do seu estado mental ou físico*, usou um instrumento com mera *força sugestiva*, a Recomendação da Comissão de 27 de Novembro de 2013, sobre “Garantias processuais para pessoas vulneráveis suspeitas ou acusadas em processo criminal”. As razões que subjazem a essa lógica diferenciada e os problemas competência que, defronte do artigo 82.º/2 t<sup>ue</sup>, se suscitam pela aparente desvinculação, operada pelos referidos instrumentos, entre o estabelecimento de regras mínimas para o processo penal e a cooperação transfronteiriça, não importam ao nosso tema<sup>15</sup>. Importante é notar que a UE, sensível à problemática do portador de anomalia psíquica no processo penal e ao estabelecimento uniforme de patamares mínimos de tutela dele, numa lógica como a postulada pelos arts. 2.º e 13.º CDPD (*supra*, 5.1), que convocam a necessidade de “adaptações razoáveis” e de “adaptações processuais”, *convida* os Estados-Membros à adopção de medidas destinadas a garantir a detecção o mais precoce possível da anomalia psíquica, nomeadamente pelo recurso a exame médico e pelo treino adequado das autoridades policiais e judiciárias, medidas destinadas à implementação de tecnologias que possibilitem eficaz controlo da prova produzida por declarações de pessoas em tais condições (gravação audiovisual) ou, com relevo, recomendando o estabelecimento de uma presunção legal de vulnerabilidade

---

<sup>15</sup> Sobre estas questões, Michaël MEYSMAN, “Quo vadis with vulnerable defendants in the EU?”, disponível em <http://biblio.ugent.be/publication/5718794/file/5731080>, acesso em 15.7.2019.

relativamente a suspeitos ou arguidos com graves anomalias que os incapacitem de “participar efectivamente” no processo.<sup>16</sup>

7. Em lado algum dessa recomendação se dispõe que a incapacidade do arguido para providenciar pela sua defesa implica, ou pode implicar, que seja sustada, em algum momento, a marcha do processo, ou até que ele deva ser arquivado, diante de uma anomalia com aqueles efeitos que o afecte irreversivelmente, de acordo com os melhores conhecimentos da ciência médica (como sucede, p. ex., em Itália e na Suíça)<sup>17</sup>. O que decorre dela é que os Estados-Membros deverão tomar medidas (as referidas e outras, constantes da Recomendação) para suprir a dita incapacidade. Mas se quisermos com efeito respeitar o direito de defesa na dimensão de defesa pessoal, se for verdade, como creio ser evidente, que *há um ponto para além do qual tais medidas são insusceptíveis de garantir uma “participação efectiva” do arguido*, tal como de resto vai implicado na jurisprudência do TEDH (*supra*, 5.2), edificada sobre o artigo 6.º da CEDH, então, segue-se que quando as condições intelectuais do suspeito ou arguido sejam tais que ele nem consegue responder ou responder com um mínimo de racionalidade a perguntas, mostrando-se incapaz de compreender a natureza do processo ou o sentido do seu possível desfecho, nem capaz de providenciar informações ao seu defensor ou dele obter e assimilar conselho, então a garantia de um processo justo, tal como postulado pelo artigo 6.º da CEDH, só pode satisfazer-se ou com o *sustar* do mesmo ou *divertindo* o suspeito ou arguido borda fora do sistema criminal<sup>18</sup>, *v. g.*, para o plano tutelar-administrativo (entre nós, a lsm). Eis o que nosso sistema

<sup>16</sup> De referir que sendo verdade que na Directiva (ue) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Março de 2016, relativa ao reforço de certos aspectos da presunção de inocência e do direito a comparecer em julgamento em processo penal, se faz menção à necessidade de especial protecção dos suspeitos ou arguidos vulneráveis, quer dizer, todos os “incapazes de compreender e de participar efectivamente num processo penal devido à[s] sua[s] (...) condições mentais”, essa menção não vem no articulado da directiva mas apenas nos respectivos “considerandos” (n.º 42).

<sup>17</sup> No entanto, no artigo 39.º/1/b do Regulamento (ue) 2017/1939, do Conselho, de 12 de Outubro de 2017, que dá execução a uma cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia, dispõe-se, como hipótese fundamento do arquivamento do processo a “demência do suspeito ou do arguido”.

<sup>18</sup> Peter VERBEKE *et al.*, “Protecting the fair trial rights”, 70 e s.

processual penal não prevê, ao menos de modo facial (cf. *acima*, 4), e eis a razão pela qual creio que, fazendo-o, dispensa ao suspeito ou arguido incapaz de providenciar pela sua defesa uma tutela que fica *aquém* da postulada quer pela CRP, quer pela CEDH (cf. *supra*, 3.2 e 5.2).

**7.1.** Mais uma vez aqui, a prática jurisprudencial, ainda que não reflectida nos repertórios de casuística, vem assumindo a dianteira. Em 2004, curiosamente no mesmo ano em que o TEDH prolatou decisão em que ensaiou definir de modo mais completo o que implica “participação efectiva” para efeitos do artigo 6.º CEDH (S. C. c. *Reino Unido*, 2004, *supra* 5.2), a re, por decisão (inédita) de 9 de Novembro de 2004 (Manuel Cipriano Nabais), confrontou expressamente a questão que nos ocupa: o ali arguido, depois de dar morte à esposa, desfechou um disparo sobre si mesmo que lhe determinou “lesões orgânicas/neurológicas resultantes de hemorragia intracraniana”, tornando-o incapaz de compreender a sua situação e o que sucedera, incapaz de inteligir o conteúdo dos actos processuais e as implicações de uma pena, tudo em termos potencialmente irreversíveis. Tendo o tribunal recorrido, diante disto, adiado *sine die* a audiência de julgamento, o MP recorreu pugnando pelo prosseguimento do processo com nomeação ao arguido de curador *ad litem*. O tribunal de recurso, tal como de resto o tribunal recorrido, centraram a sua análise, a nosso ver (e apenas aqui, neste ponto) erroneamente, na questão de saber se o arguido poderia ou não ser julgado como *fisicamente* ausente. Sendo certo que o tema da (proibição da) ausência física se relaciona intimamente com o da capacidade processual, sendo a exigência desta, do ponto de vista histórico, e ao que parece, uma decorrência daquela<sup>19</sup>, são, todavia, questões distintas – nada impedindo, até no caso concreto, que o tribunal de julgamento providenciasse pela presença *física* do arguido em audiência. Ponto era que a presença física dele não implicava, como logicamente não implica, a sua *presença intelectual*, quer dizer, inteligente e inteligível. Breve, o arguido *intelectualmente ausente*, mesmo que fisicamente presente, carece de plano de capacidade para providenciar à sua defesa nos termos que cremos

<sup>19</sup> Grant MORRIS / Ansar HAROUN / David NAIMARK, “Competency to Stand Trial on Trial”, *Houston Journal of Health Law & Policy* 4/2 (2003-2004) 201.



postulados pela CRP e pela CEDH. Precisamente, e aqui ao que creio de modo inobjectável, concluiu o tre que a nomeação de curador ao arguido, a mais de figura estranha ao processo penal, é incompatível com a pessoalidade de exercício de vários direitos e que, nos termos do artigo 32.º/1 CRP, as “garantias de defesa não se esgotam (...) na assistência de defensor” – e com isto desatendeu ao MP, ficando o processo como tal praticamente suspenso. Não localizei outra decisão de tribunal superior versando o tema, ao menos nestes termos, mas na primeira instância, numa breve busca pelos meios possíveis, localizei outras duas decisões que determinaram o arquivamento dos autos relativamente a arguido incapaz para estar em juízo em termos irreversíveis de acordo com a ciência médica<sup>20</sup>, ou ainda outra, muito recente, relativa a processo pendente, na qual o juiz presidente, no início da audiência, solicitou perícia médica com vista a avaliar especificamente a capacidade processual do arguido<sup>21</sup>.

8. Sendo este o universo de decisões (outras haverá certamente) que fui capaz de recensear e sendo ele muito pequeno para retirar conclusões seguras sobre a posição dos tribunais portugueses, pode todavia aceitar-se, sem reбуço, que os mesmos não se sentem confortáveis com a solução a este respeito consagrada no CPP, ao menos no seu sentido facial (*supra*, 4.1), e por isso ensaiam outra de olhos postos na plenitude das garantias de defesa constitucionalmente consagradas e nas obrigações decorrentes da CEDH, de acordo com a leitura que desta faz o órgão supremo de sua interpretação, nos termos atrás referidos. Sendo assim as coisas, como julgo serem, creio que em algum momento o legislador terá de equacionar dispositivo processual para lidar com as situações de incapacidade do arguido para providenciar à sua defesa, por si e em cooperação com o seu defensor, dando não apenas guarida às sugestões constantes da Recomendação da Comissão de 27 de Novembro de 2013, atrás citada, naturalmente na parte em que seja necessário, mas prevendo expressamente a *suspensão* do processo nos casos em que aquelas medidas sejam insuficientes para suprir a dita incapacidade – ou até mesmo o *arquivamento* nas hipóteses de comprovada

<sup>20</sup> Processos 83/08.5PGPDL, do 1.º Juízo de Ponta Delgada, e 244/16.3GBSVV do 1.º Juízo da Instância Local de Albergaria-A-Velha.

<sup>21</sup> Processo 159/16.5JDLSB, do 13.º Juízo Local Criminal de Lisboa.

irreversibilidade da sua condição. Esta é a solução que, com minúcia que não posso aqui expor, consagra o direito italiano (cf., sobretudo, os arts. 70.º a 72.º *bis* CPPIT), que, todavia, ressalva os casos em que se verifiquem os pressupostos de aplicação de medida de segurança distinta do confisco (artigo 72.º *bis*, parte final, CPPIT), quer dizer a *perigosidade*, a somar à inimputabilidade do arguido, eventualidade em que se prescinde da verificação neste de concreta capacidade processual para prosseguimento do processo.

**8.1.** Urgindo talvez intervenção legislativa que coloque a solução portuguesa em linha com os desenvolvimentos internacionais e europeus atrás referidos, intervenção mais complexa do que aparenta, pois implicará reponderar várias soluções não apenas processuais mas igualmente substantivas, nem por isso se podem os tribunais nacionais absolver de aplicar o actual modelo ignorando tais desenvolvimentos, em especial os que fluem da atrás mencionada jurisprudência do TEDH, à luz do artigo 6.º CEDH, no caso de entenderem (o que todavia julgo não ser conclusão legítima) que a CRP não constitui obstáculo *suficiente* a uma aplicação “seca e cega” do modelo vigente. Com efeito, e repisando o que atrás referi, creio que diante de um arguido manifestamente incapaz de providenciar à sua defesa, e quer essa incapacidade seja anterior ou contemporânea do facto, quer se siga ao mesmo, defronte disto, dizia, um compromisso consequente com o princípio da plenitude das garantias de defesa no quadro de um processo penal de estrutura acusatória (artigo 32.º/1/5 CRP) e com o princípio da “participação efectiva” que inere a um processo justo (artigo 6.º CEDH), tudo postulando um arguido como sujeito do processo, para o desfecho do qual há-de poder contribuir efectiva e autonomamente, o processo deverá ser *suspenso*, como de resto já eu concluía num pequeno escrito de 2007<sup>22</sup>.

**8.2.** Esta conclusão de então sai de resto reforçada pela atrás exposta evolução do direito internacional e europeu, quer aquela já verificada à data do referido estudo, mas nele não considerada, quer a posterior. Contudo, o cuidado que se deve colocar numa interpretação jurisprudencial que se desvie do modelo legalmente (na lei

---

<sup>22</sup> Pedro Soares de ALBERGARIA, “Anomalia psíquica e capacidade do arguido para estar em juízo”, *Julgar* 1 (2007) 178 s.

ordinária) positivado, há-de implicar que esse desvio seja cirúrgico, apenas o necessário para que esse modelo se reoriente no sentido da preservação do núcleo essencial da autodefesa, nos termos que julgo ser exigido, pela principiologia constitucional e convencional acabada de referir. Assim, a já falada necessidade de *suspensão* do processo, à qual creio não nos poderemos furtar nos casos extremos de incapacidade do arguido para providenciar pela sua defesa, tem sustentação, dúbia que seja, no artigo 332.º/6 CPP, que dispõe ser legítimo julgamento do arguido ausente quando ele “por dolo ou negligência, se tiver colocado numa situação de incapacidade para continuar a participar na audiência.” Trata-se porventura da única norma do CPP que se refere literalmente à “incapacidade” do arguido para acto processual, cruzando esse tópico, por razões compreensíveis, com o da “ausência”. Depois, há-de ser logicamente compatível com uma leitura, em termos tais, que não sendo a incapacidade imediatamente imputável subjectivamente ao arguido, a audiência julgamento não possa prosseguir: ficará, para todos os efeitos, *suspensa*.

**8.3.** O que vale para a audiência de julgamento valerá, creio, para o momento anterior ao começo dela, pelo que se o juiz de julgamento receber a acusação e verificar que no processo já constam elementos dos quais resulte de que o arguido se acha incapaz de se defender, ou tiver razões para disso suspeitar, confirmando-o (*v. g.*, mediante perícia médica e sequente juízo judicial), não deve designar data para audiência e antes sustará os termos do processo. Já em tratando-se de fase de inquérito, creio deverem ser levadas a efeito as diligências probatórias que não requeiram participação (cf. escutas telefónicas) ou participação inteligente e inteligível (cf. um reconhecimento pessoal) dele – e inversamente não poderá ser sujeito a acareação, por exemplo. De qualquer jeito, sendo transitória a incapacidade e se a prova recolhida e indícios resultantes forem bastantes para organizar peça acusatória, o mp organizá-la-á e deduzirá acusação, com a consequência inevitável de que o processo ficará suspenso até melhoras do arguido. E uma vez que isso suceda, este terá de ser pessoalmente notificado da acusação (artigo 113.º/9 CPP) e ser-lhe-á assinalado prazo para, querendo, requerer abertura da instrução, tudo por identidade de razões com o que consta do artigo 336.º/3 CPP, que versa a situação do arguido ausente. Continuo a

incliná-lo, mas hesitantemente, no sentido de que na hipótese de a incapacidade ser contemporânea do facto e a anomalia que a determina implicar ainda a inimputabilidade, *com perigosidade*, o processo seguirá os seus termos para eventual aplicação de medida de segurança, com o que se prescinde, em tais casos, da verificação de concreta capacidade processual para prosseguimento do processo. Hipótese que, todavia, é ela mesmo discutível, já que inteira coerência com o postulado da capacidade do arguido para providenciar à sua defesa talvez devesse implicar, mesmo em verificando-se perigosidade, à diversão para o plano tutelar-administrativo (entre nós, o regime da lsm) (*supra*, 8).

### III

E com isto fecho as minhas já um pouco longas considerações. O meu propósito foi, sobretudo, o de trazer aqui alguns dos principais desenvolvimentos do tratamento da problemática que me coube no plano internacional e europeu, desenvolvimentos que são de tal monta que, assim creio, interpelam o legislador nacional a uma reflexão sobre a bondade do regime vigente a respeito da incapacidade do arguido para providenciar à sua defesa. Enquanto isso não suceder, ficar a salvo da “censura” de instâncias como o TEDH, exige do aplicador do direito uma certa imaginação e ousadia que deverão deter-se onde for alcançado o patamar mínimo de consideração pela plenitude das garantias de defesa e pelo direito à participação efectiva do arguido portador de anomalia psíquica no processo penal.

Foi isso que ensaiei.

Obrigado pela vossa atenção.

### Abreviaturas

CDPD	Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CPPIT	Código de Processo Penal Italiano
MDE	Mandado de Detenção Europeu
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

## Bibliografia consultada (além da citada)

- ALBERGARIA, Pedro Soares de “Aspectos judiciários da problemática da inimputabilidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 14/3 (2004).
- ANKER, Liselotte van den / DALHUISEN, Lydia / STOKKEL, Marije, “Fitness to Stand Trial: A General Principle of European Criminal Law?”, *Utrecht Law Review* 7/3 (2011).
- ANTUNES, Maria João, “O passado, o presente e o futuro do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 13/3 (2013).
- “Capacidade processual penal do arguido (Portugal)”, in aa.vv., *Derechos y Garantías del Investigado con Trastorno Mental en la Justicia Penal*, Ministerio de Economía y Competitividad, 2016.
- “Capacidade processual penal do arguido (Portugal)”, in aa.vv., Ignacio Flores Prada, dir. / Ana Sánchez Rubio, coord., *Trastornos mentales y justicia penal – Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, Pamplona, 2017.
- “Prisão ilegal em estabelecimento de inimputáveis. Providência de habeas corpus – Anotação ao ac. stj de 16 de Fevereiro de 2016”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 147 (2018).
- ARSTEIN-KERSLAKE *et al.*, “Human Rights and Unfitness to Plead: The Demands of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Human Rights Law Review* 17 (2017).
- CUNHA, José Damião, “Inimputabilidade e incapacidade processual em razão de anomalia psíquica”, in aa.vv. / Paulo Pinto de Albuquerque, coord., *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*, ???, 2011.
- FALCONE Salas, Diego, “La incapacidad procesal del imputado por alteración o insuficiencia de sus facultades mentales”, *Revista de Derecho Universidad San Sebastián* 24 (2018).
- FAMIGLIETTI, Ada, “Sospensione del processo per incapacità dell’imputato: linee ricostruttive e permanenti incertezze”, *Processo Penale e Giustizia* 1 (2014).
- LOUREIRO, João Carlos, “Pessoa e doença mental”, *Boletim da Faculdade de Direito* 91 (2005).
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *who Resource Book on Mental Health, Human Rights and Legislation* (2005), disponível em: [https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/mental\\_health/docs/who\\_resource\\_book\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/mental_health/docs/who_resource_book_en.pdf), acessado em 22.7.2019.
- PUYENBROEK, Laurens von / VERMEULEN, Gert, “Towards minimum procedural guarantees for defence in criminal proceedings in the eu”, *International and Comparative Law Quarterly* 60 (2011).
- ROSA CORTINA, José Miguel de la, “Capacidad y proceso penal”, *Revista de Derecho y Proceso Penal* 43 (2016).
- ROTHSCHILD, Markus Alexander / ERDMANN, Erland / PARZELLER, Markus, “Fitness for Interrogation and Fitness to Stand Trial”, *Deutsches Ärztblatt* 104 (2007).

SILVA, Germano Marques (1994), *Curso de processo penal*, I, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Verbo.  
VARELA CASTEJÓN, Xermán, “A pessoa incapaz ante o processo penal”, (2012), disponível em: <http://www.juecesdemocracia.es/actividades/jornadas/2012/PoneciaVa2012/A%20persona%20incapaz%20ante%20proceso%20o%20penal.pdf>, acedido em 3.9.2019.

### **Jurisprudência consultada (além da citada)**

TEDH Erik Ninn-Hansen c. Dinamarca (1999), disponível em: <https://echr.coe.int>.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA JUGOSLÁVIA, Procurador c. Pavle Strugar, disponível em: <http://www.icty.org>, acedido em 17.7.2008.

— Procurador c. Ratko Mladic, disponível em: <https://cld.irmct.org/>, acedido em 8.6.2018 (Public redacted version of the “Decision on a motion to vacate the trial judgment and to stay the proceedings”).



# NEUROCIÊNCIAS, CULPA E INIMPUTABILIDADE\*

[https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia\\_psiquica/3](https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia_psiquica/3)

*Susana Aires de Sousa*

Professora FDUC

Investigadora do IJ

## 1. Introdução

Ao ler o seu próprio obituário num jornal, Mark Twain terá dito “the reports of my death have been greatly exaggerated”. Esta apresentação recebe por título *Neurociências, culpa e inimputabilidade*. Apesar de o título sugerir que irei tratar de um tema recente – neurociências – pouco ou mesmo nada daquilo que direi sobre a *culpa* ou a *inimputabilidade* pode qualificar-se de novo, por ser minha convicção, antecipando a conclusão, que as novas propostas e descobertas neurocientíficas, segundo as quais a culpa jurídico penal seria uma ficção sem fundamento, em nada abalam o princípio da culpa enquanto pressuposto e limite de uma responsabilização penal. A notícia da morte da culpa, anunciada pela neurociência, foi, quanto a mim, claramente exagerada.

---

\* O texto que ora se publica corresponde integralmente à comunicação apresentada no *Colóquio* “Anomalia psíquica e direito”, realizado no dia 4 de novembro de 2019, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, mantendo-se o estilo próprio de uma apresentação oral.



Dito isto, a minha intervenção poderia terminar aqui. Mas, nos limites do tempo que me foi concedido, tentarei justificar esta convicção em defesa da categoria normativa de culpa. Conforme sublinha Owen D. Jones, são vários os planos em que o estudo do cérebro se cruza com a ciência do direito penal – desde o plano sancionatório das penas e das medidas de segurança (designadamente, no que respeita à sua eficácia, por exemplo na resposta à reabilitação de dependências ou em matéria de eficácia de intervenções farmacológicas destinadas a prevenir a reincidência); passando pelo plano processual, ao projetar-se em novas formas de investigação da verdade material e de deteção da verdade, até ao plano do facto criminal, em particular no contexto da culpa e da anomalia psíquica. Situamo-nos neste último ponto relativamente ao qual a literatura é cada vez mais extensa, tanto do lado dos penalistas, como da perspectiva dos neurocientistas.

A tese que de que parto é simples: muito embora o estudo do cérebro sustente um determinismo biológico no processo de decidir, não é este processo biológico de formação de decisão que está na base do juízo de censurabilidade penal. Neurocientistas e penalistas discutem o conceito de liberdade de decisão, mas na verdade não analisam ou tomam por referência a mesma realidade.

Tomo como ponto de partida “o pior dos cenários” (Hassemer) que as neurociências – ou pelo menos alguns neurocientistas – anunciam: um determinismo neuronal, prévio ao ato consciente, que elimina a liberdade da vontade e põe fim ao conceito de culpa.

Inicia-se este breve percurso com a neurociência, passando-se em seguida pelo conceito de culpa jurídico-penal e termina-se com uma referência à inimputabilidade, cumprindo-se, assim, a sequência indicada em título.

## **2. Neurociências**

Os extraordinários desenvolvimentos alcançados nas últimas décadas pela biologia e pelo estudo da ciência do cérebro, facilitados pelas extraordinárias possibilidades tecnológicas do nosso tempo (como a imagiologia cerebral), constituíram e constituem um desafio à categoria da culpa jurídico-penal.

Alguns neurocientistas (na Alemanha, destacaram-se Wolf Singer, Wolfgang Prinz e Gerard Roth), com base na experimentação e no estudo clínico, sustentaram que a mente humana – os seus pensamentos, as suas emoções – se desenvolve de acordo com leis positivas e mediante processos causais não controláveis que se iniciam e ocorrem antes da tomada de consciência. A consciência sobre uma certa decisão aparece assim como o resultado de um processo causal, neurologicamente determinado (Singer). Neste sentido, todas as decisões sobre o comportamento humano estão pré-determinadas e são causadas por processos causais neurológicos e *networks*, sobre os quais não há consciência e possibilidade de controlo.

Consequentemente, num passo subsequente e extremo, o conhecimento destas leis e mecanismos permitiria prever o comportamento humano, emergindo a partir das neurociências uma nova forma de determinismo laplaciano “o determinismo neurológico” (Demetrio Crespo). Atuo desta forma por ser assim que eu sou; e sendo desta forma não posso escolher ser outro. Estas conclusões confrontam, em alguma medida, todas as disciplinas que estudam ou utilizam categorias que têm na sua base o conceito de liberdade humana, como a teologia, a filosofia, a ética ou o direito. Esta conclusão coloca em xeque – para alguns é mesmo xeque-mate – a ideia de livre arbítrio e, para o que aqui nos interessa, anula a pergunta pressuposta pelo juízo de censurabilidade jurídico-penal: “podia o autor do crime atuar de modo diferente”, “podia o agente agir de outra maneira”?

Em face da certeza determinística revelada pela neurociência, sobra algum espaço para a culpa jurídico-penal?

### 3. A culpa

No direito português não existe uma definição legal ou constitucional do que seja o princípio ou a categoria da culpa jurídico-penal. Não obstante a consciente ausência de uma definição legal, reconhece-se à culpa uma finalidade essencial, designadamente por via do artigo 40.º, n.º 2, do CP.

Coube à doutrina enunciar e concretizar o conceito de culpa jurídico-penal, assumindo-se como paradigma dominante, desde Eduardo Correia, uma conceção puramente normativa, segundo a

qual a culpa se concretiza na “censura ético-jurídica dirigida a um sujeito por não ter agido de modo diverso” quando podia agir de outra maneira. O agente tem culpa porque quando se decidiu pelo crime, “podia ter-se decidido de outra maneira”, sem prejuízo das circunstâncias endógenas ou exógenas que facilitam ou dificultam decisão – que é sua – de o cometer. Por sua vez, deve negar-se a imputabilidade se por força de uma anomalia psíquica o agente atuou sem a possibilidade de agir de outra maneira.

Esta enunciação, aqui simplificada, dos juízos de culpa e de imputabilidade está na base do *ruído* causado e trazido ao conceito de culpa pelos resultados das neurociências. É assim porque na base de uma tal compreensão da culpa jurídico-penal está, numa certa leitura, a crença num indeterminismo, no livre-arbítrio. Isto é, o pressuposto de que a Pessoa é *livre de se decidir de outra maneira*.

Ora, a liberdade de decisão – aparentemente pressuposta pelo juízo de culpa jurídico-penal – é questionada pelo *neurodeterminismo*, afirmando-se que o processo da formação da decisão não é controlável pelo ser humano. E é aqui, neste momento, que se gera uma espécie de “ilusão de ótica” entre neurociência e culpa jurídico-penal, entre neurocientistas e penalistas, na medida em que só aparentemente tomam ou se referem, no seu estudo e nas suas conclusões, à mesma realidade: *a liberdade de decisão*.

A culpa jurídico-penal tem necessariamente uma natureza valorativa e normativa assente sobre a capacidade de o agente livremente se deixar motivar na sua atuação pela norma penal. E é inegável, mesmo à luz das neurociências, que no processo interior esses valores – reconhecidos normativamente e assimilados pela pessoa – constituem uma circunstância exógena que, entre outras, influencia a decisão do agente.

Todavia, esse não é o ponto principal que queríamos evidenciar. A culpa é um juízo de censura dirigido àquele que tem a capacidade de compreender e atuar em conformidade com a lei penal (e com os valores por ela protegidos) e, atuando, não o faz. A liberdade pressuposta pelo juízo de censurabilidade advém da capacidade para compreender os valores e os interesses protegidos pelo direito penal, cabendo ao agente, na sua livre realização, manifestar uma “atitude” – na expressão de Figueiredo Dias – não violadora ou contrária a tais valores.

Neste sentido, a liberdade que fundamenta um juízo de censura pressupõe *apenas* a “capacidade de a pessoa orientar a sua atuação pelas expectativas jurídicas” (Wolfgang Frisch), pelos valores, e não o concreto mecanismo biológico que está na base da formação das nossas decisões. A abordagem científica mostra-se, neste sentido, cirúrgica, pontual, delimitada no seu objeto de estudo ao momento de formação da consciência. Ora, o lugar da liberdade pressuposto pelo conceito de culpa jurídico-penal não reside no processo fisiológico e neurológico que conduz à consciência de uma decisão e, como tal, ainda que se admita a natureza determinística deste processo, isso em nada interfere com a censura jurídica do agente por ter praticado um facto criminalmente desvalioso.

Neste sentido, a culpa não exige uma liberdade fisiológica, um *multiversum* de escolhas no processo biológico de formação de decisões; a natureza determinística deste processo interno, cerebral, não retira por si só a liberdade atuar no cumprimento de normas jurídicas, que se cumpre no momento em que o agente atua e não no específico processo interno de formação da sua consciência. Em causa está, neste sentido, uma *liberdade para o exterior*. Ao direito não importa como se forma a consciência; mas sim se o agente é capaz de consciencializar e de “atualizar” os valores jurídicos na sua atuação. À escolha humana apresentam-se caminhos múltiplos; a opção será certamente o resultado de experiências e circunstâncias endógenas e exógenas que foram sendo construídos ao longo da sua existência e que não cabem nem na imagem momentânea de uma ressonância magnética, nem nos autos de um tribunal; e como tal são incomensuráveis.

Significa isto que os avanços das neurociências são imprestáveis ao direito penal e em particular à concretização do conceito de culpa jurídico-penal? A resposta é negativa.

O estudo do cérebro constitui um poderoso instrumento na aferição de uma anomalia psíquica e, mediatamente, um importante auxílio na concretização do conceito jurídico de inimputabilidade.

#### 4. Inimputabilidade

A inimputabilidade constitui uma das categorias mais essenciais na afirmação da responsabilidade penal do agente que pratica um

facto ilícito. A sua relevância dá-se em estreita ligação com o princípio da culpa, na medida em que ela constitui um obstáculo ao juízo de censurabilidade, de reprovação da conduta do agente, incapaz de valorar a ilicitude do seu ato. Mas simultaneamente, a inimputabilidade mostrou-se e continua a revelar-se como uma das categorias mais difíceis de concretizar no seu conteúdo, de delimitar no seu âmbito e de concretizar nos seus efeitos. As razões são várias, seja do lado da concretização do que é uma anomalia psíquica, seja por via da evolução do conceito de culpa jurídico-penal.

Ainda assim arriscamos dizer que a capacidade de a Pessoa apreender o sentido da norma e o que dela espera o direito – a consciência jurídica – pode ser perturbada por uma anomalia psíquica. O estudo do cérebro e do seu funcionamento constitui um poderoso instrumento na aferição da anomalia psíquica e dos seus efeitos porque permite explicar por que razão a anomalia psíquica e os processos biológicos que estão na sua base impedem o agente de atualizar, na sua consciência e na sua conduta, os valores protegidos pela ordem jurídica, tornando-o incapaz de valorar a ilicitude da sua própria atuação. Na medida em que a anomalia psíquica retira o facto do domínio psicológico do agente, quebra-se a ligação – essencial ao juízo de censura – entre o agente e o desvalor criminoso da sua atuação. Neste sentido, a anomalia psíquica oculta (na expressão de Figueiredo Dias) ou mascara as “conexões reais de sentido entre o seu portador e o facto que praticou”. Aos olhos do juiz e da comunidade tal facto mostra-se desprovido de sentido, não pode ser compreendido como um facto de alguém responsável pelos seus atos. É por isso um facto do inimputável.

O estudo do cérebro ajuda a explicar que possíveis alterações biopsicológicas causadas por uma anomalia psíquica possam interromper a conexão de sentido entre o agente e o seu facto. E, conseqüentemente, a clarificar em que situações aquele facto sendo ilícito – violador da ordem jurídica – não pode ser julgado como crime, porque nele não há culpa, mas doença. Porque nele e, sobretudo, na reação sancionatória que lhe possa caber, não se revê nem pode rever-se a comunidade, como desenvolvidamente sublinha Maria João Antunes.

A reação do sistema penal ao facto ilícito do inimputável, há de ser outra que não a pena, dirigindo-se especificamente ao agente portador da anomalia psíquica e não à reafirmação das expectativas

da comunidade na vigência da norma violada pelo inimputável. Tratar o facto do inimputável, do ponto de vista sancionatório, como crime corresponde a desconsiderar os efeitos da anomalia psíquica na realização do facto, retirando-se à culpa a sua função limitadora da intervenção penal. Seria configurar o ato ilícito (do doente mental), prescindindo da categoria de culpa, elevando a perigosidade a parâmetro de toda a reacção penal. Ou – visto de uma outra perspectiva – corresponderia a considerar que todos temos as nossas “anomalias psíquicas” que nos condicionam, variando apenas o grau da doença e a perigosidade de cada um. Esse sim seria um outro paradigma, iniciado pelo determinismo neurológico: aquele em que a culpa deixa de ser um limite à intervenção penal, estando apenas em causa a maior ou menor perigosidade de cada um.

No seu diário, Arthur Fleck, antes de se transformar no vilão Joker, no recente filme de Todd Phillips, não deixa registar esta fundamental diferença entre o facto do inimputável e o facto do imputável, quando escreve: “*a parte pior de ter uma doença mental é as pessoas esperarem que te comportes como se a não tivesses*”.

## Referências Bibliográficas

- ANTUNES, Maria João, *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, Coimbra Editora, 2002.
- CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal* (reimp.), Coimbra, Almedina, 1996.
- CRESPO, Eduardo Demetrio, «Identidad y responsabilidad penal», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 17 (2013) 237-282.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I, 3.<sup>a</sup> ed., GestLegal, 2019.
- FRISCH, Wolfgang, «Neurosciences and the future of culpability in criminal law», *In PALMA / DIAS / MENDES, ed., Emoções e Crime*, Coimbra: Almedina, 2013, 147-165.
- HASSEMER, Winfried, «Neurociencias y culpabilidad», *InDret* 2 (2011).
- JONES, Owen D., «Seven ways neuroscience aids law», in *Neurosciences and the Human Person: New Perspectives on Human Activities. Pontifical Academy of Sciences, Scripta Varia 121*, Vatican City 2013, 1-14.
- SINGER, Wolf, «Grenzen der Intuition: Determinismus oder Freiheit?», in KIESOW / OGOREK / SIMITIS, ed., *Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005, 529-538.
- *Vom Gehirn zum Bewusstsein*, Suhrkamp Verlag, 2006.

SOUSA, Susana Aires de, «Boundaries and connections between law and science: the limits of causality and culpability: (from the perspective of criminal law)», *The 20th International Roundtable for the Semiotics of Law (IRSL 2019)*, Springer (em curso de publicação).

— «Neurociências e processo penal: verdade *ex machina*», in J. de Faria COSTA *et al.*, ed., *Estudos em homenagem ao Senhor Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. II, Coimbra. Coimbra Editora, 2017, (Studia Iuridica 109), 883-908.

## NOTAS SOBRE O NOVO REGIME DO MAIOR ACOMPANHADO (E O MENOR DESACOMPANHADO)

[https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia\\_psiquica/4](https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia_psiquica/4)

*Pedro Mendes Lima*

Juiz de Direito

1. Em resultado de uma longa evolução que podemos acompanhar pelo menos desde o direito romano, é em conexão com o que dispensa aos menores que o nosso ordenamento ainda hoje cuida do regime próprio dos maiores impossibilitados de exercer direitos e cumprir deveres de modo pleno, pessoal e consciente. Até recentemente a Secção v do Capítulo I do Subtítulo I do Título II do Livro I do Código Civil, com a epígrafe *incapacidades*, distribuía sob esse foco as previsões relativas à *condição jurídica dos menores* e à *maioridade e emancipação* nas Subsecções I e II, respectivamente, e as referentes às interdições e inabilitações nas Subsecções III e IV, também respectivamente; depois da reforma trazida pela Lei 49/2018, de 14 de Agosto (artigo 22.º), as *incapacidades* deixaram de merecer referência explícita como conceito agregador, mas o tratamento conjunto manteve-se e o título da dita Secção v passou a ser *Menores e maiores acompanhados*, sem alteração das Subsecções I e II, e concentrando-se na Subsecção III o que aos últimos tange, precisamente sob a epígrafe *maiores acompanhados*, sem deixar rasto das inabilitações.

Não obstante a persistência dessa como que assimilação *sistemática* entre menores e quem por razões de saúde, deficiência ou



comportamento se veja impossibilitado de exercer plena, pessoal e conscientemente os seus direitos ou cumprir os seus deveres (que é como o actual texto do artigo 138.º do CC caracteriza os beneficiários potenciais do novo instituto), e independentemente dos mais méritos das soluções substantivas que introduziu, o novo regime tem certamente um que começo por salientar: pôs cobro à *equiparação genérica* aos menores, a qual, lapidarmente afirmada, se traduzia essencialmente na determinação da aplicabilidade, com as necessárias adaptações, das disposições reguladoras da incapacidade dos últimos e fixadoras dos meios de suprir o poder paternal. Curiosamente, a epígrafe do artigo 139.º do CC (que aquando da entrada em vigor da Lei 61/2008 de 31/10 tinha escapado à substituição generalizada da menção “poder paternal” pela de “responsabilidades parentais”), anunciava regular a “capacidade” dos interditos a despeito de justamente e com equipará-los aos menores a norma estipular isso sim uma *incapacidade geral*, que quanto aos últimos continua a ser postulada expressamente na epígrafe e no texto do artigo 123.º.

São actualmente previstas muito mais normas especificamente dirigidas aos maiores com capacidade diminuída, o que assenta no pressuposto de que a variabilidade das concretas condições deles e do respectivo grau de afectação implica diferenciações personalizadas, com concreta diversidade de limitações, também segundo os domínios em questão e com especial cuidado de ressaltar como *regra* (salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário) a liberdade de exercício de direitos pessoais e de celebração de negócios relativos à vida corrente, algo que já antes se alcançava precisamente por força da aplicação das disposições nesse sentido previstas para os menores e em concreto das excepções à respectiva incapacidade (artigo 139.º, 123.º, 127.º, 1881.º, n.º 1, e 1935.º, n.º 1, do CC, o primeiro e os dois últimos na redacção anterior à da Lei 49/2018, de 14 de Agosto), mas é agora disposto de modo directo e aliás com enumeração extensa, ainda que apenas *exemplificativa*, de direitos a ter como pessoais (artigo 147.º, n.º 1 e 2, do CC), ao que acresce, no plano da responsabilidade civil, a significativa eliminação da presunção de inimputabilidade dos interditos (v. o artigo 488.º, n.º 2, do CC), com a correlativa implicação de agora uma eventual inimputabilidade do acompanhado apenas poder decorrer de *concreta* avaliação e verificação de que no momento do facto danoso estivesse

por qualquer causa incapacitado de entender ou querer (artigo 488.º, n.º 1, do CC).

2. O princípio essencial da nova abordagem, que por si levaria ao fim da diferenciação de tratamento entre “interditos” e “inabilitados” e a concentração em um único regime, é assim o de que o acompanhado é capaz em tudo para quanto não seja prevista na decisão a incapacidade, e a própria instituição do acompanhamento, aliás de actuação supletiva (apenas cabível se os objectivos que visa não forem assegurados através do cumprimento de deveres gerais de cooperação e assistência, designadamente por familiares), vem desenhada não em uma lógica tendencialmente fechada de suprimento/substituição naquele exercício, mas antes de apoio/auxílio para que, até onde as suas limitações o consintam, o acompanhado o possa ele mesmo manter (cfr. o artigo 140.º, n.º 1 e 2, do CC). Breve, àquele cujas limitações determinem impossibilidade de exercício pleno, pessoal e consciente dos seus direitos, ou de cumprimento dos seus deveres, a nossa lei permite hoje que se atribua quem nisso o *auxilie*, em lugar de lhe impor quem simples e heteronomamente o *tutele* ou *cure* do seu património, e a diferença não é meramente a de semântica entre “acompanhante” e “tutor/curador”.

Sublinho desde logo, para ilustrar este ponto, a legitimidade de que para requerer o acompanhamento dispõe agora o próprio afectado e como regra apenas ele, sem prejuízo da possibilidade de autorização a terceiros ou do suprimento judicial dela e nem sobretudo da legitimidade própria do Ministério Público (artigo 141.º, n.º 1 e 2, do CC), bem como o relevo agora dispensado à sua vontade, mesmo prévia, na eventual determinação do acompanhante e da extensão das correspondentes faculdades, seja manifestando a sua escolha e pronunciando-se sobre o âmbito e conteúdo do acompanhamento já no pedido e no decurso do processo ou, prevenindo as matérias, mediante mandato com vista a acompanhamento, que em princípio será aproveitado ou quando menos tido em conta na decisão e só excepcionalmente poderá ser revogado pelo tribunal (artigo 143.º, n.º 1 e 145.º, n.º 2, e 156.º, n.º 1, 2, 3 e 4, do CC).

Se antes a interdição tinha como pressupostos necessários que a privação de aptidões do visado para o exercício de direitos (para “governar a sua pessoa e bens”) decorresse de anomalia psíquica ou de cegueira ou surdez-mudez (artigo 138.º, n.º 1, do CC, na

redacção anterior), e a inabilitação podia, além desses, ter ainda como fundamentos a prodigalidade ou o consumo abusivo de álcool ou estupefacientes (artigo 152.º do CC, na redacção anterior), de todo o modo em termos habituais ou duradouros, já os requisitos do acompanhamento ficaram definidos de forma ampla, que contempla quaisquer razões de saúde, deficiência ou comportamentais. A taxatividade de fundamentos do regime anterior, congruente com o figurino rígido das medidas que dispunha e a gravidade delas, deu lugar a uma formulação aberta em que se incluem quaisquer patologias, inclusivamente transitórias e *independentemente da correspondência com o conceito de anomalia psíquica*, podendo mesmo ser de ordem física (e não necessariamente psíquica ou mental), deficiências ou padrões comportamentais, tudo desde que impliquem compromisso das capacidades cognitivas e volitivas do visado, em termos de o impossibilitarem de plena, pessoal e conscientemente exercer direitos ou cumprir deveres.

Creio que esta amplitude de fundamentos, abertos à concretização por via judicial, não implica insegurança do novo instituto, nomeadamente não inspirando particular receio de abuso, e isto porque nele é assegurado ao próprio beneficiário um papel central no *se* e no *como* da tomada da medida limitativa da sua autonomia. Ainda assim, afigura-se-me que naqueles casos em que a iniciativa seja do Ministério Público ou de cônjuge, unido de facto ou parente sucessível com suprimento da autorização dele, se imporão especiais exigência e cautela na conclusão de que a concreta situação em causa configure fundamento bastante.

Aquela abertura não pode porém ser lida com tanta latitude que para a tomada da medida venham a bastar limitações físicas ou anomalias comportamentais que, mesmo sendo as mais incapacitantes para o visado ou objectivamente muito prejudiciais dos seus interesses, não tenham repercussão bastante na esfera psíquica/mental dele, é dizer, lhe não afectem as capacidades cognitivas e volitivas (de formação ou expressão de vontade) a ponto de não ser capaz de ponderar as respectivas possibilidades de actuação e com efeito agir livremente em conformidade; por outras palavras, que lhe não prejudiquem o *pleno e consciente* exercício de direitos e cumprimento de deveres.

Limitações ou anomalias daquela ordem podem claramente impedir a *pessoalidade* do exercício de direitos ou cumprimento de

deveres, mas não me parece que o acompanhamento seja só por isso necessário, pelo contrário podendo os termos gerais da representação voluntária dar resposta cabal às necessidades de quem se veja assim afectado; de resto, justamente, o mandato com vista a acompanhamento é por si mesmo instrumento bastante para quem, nas ditas condições impedido de o fazer pessoalmente, e admitindo que o acompanhamento possa vir a tornar-se necessário, queira assegurar a gestão dos seus interesses por terceiro, em termos latos mas agindo *nos limites* do mandato – *livremente revogável*.

Necessário será enfim, para concluir pela existência de fundamento para o acompanhamento, que da afectação de que o beneficiário padeça resulte prejuízo das condições pessoais de verdadeira liberdade/responsabilidade para o exercício de direitos e cumprimento de deveres, sendo assim que me parece dever em última análise ler-se a formulação “*impossibilitado* (...) de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos, ou de (...) cumprir os seus deveres” (destaque meu). Menor exigência do que esta abriria porta a insustentáveis heteronomias de gestão da esfera de interesses de pessoas doentes, deficientes ou simplesmente com modos de vida ou comportamentos fenomenologicamente anómalos e até desviantes, mas nem por isso incapazes de fazer as suas próprias escolhas, segundo os seus próprios critérios e com inteira liberdade (e responsabilidade).

3. Outro aspecto do novo regime merecedor de destaque é a formal e peremptória previsão de que o internamento do acompanhado (qualquer internamento) fica dependente de autorização expressa do juiz (ou, em caso de urgência, de ratificação – artigo 148.º, n.º 1 e 2, do cc), tornando claro que nenhuma invocação do dever de zelo do acompanhante pela saúde, bem-estar e recuperação dele (artigo 140.º, n.º 1, e 146.º, n.º 1, do cc) pode legitimar o emprego das correspondentes faculdades para decidir o seu internamento sem ou contra a respectiva vontade e à margem das garantias de controle judicial, em rectas contas nem mesmo sendo lícito que a decisão de acompanhamento contemple outorga desse poder ao acompanhante em termos *prévios e gerais*. Coisa diferente é determinar em que moldes há-de esse controlo judicial do internamento processar-se, em especial se os pressupostos da sua eventual necessidade forem os do internamento compulsivo no âmbito da Lei de

Saúde Mental (Lei 36/98, de 24 de Julho), problema este último que é uma espécie do género mais vasto dos da concatenação possível ou ainda a fazer entre o regime do maior acompanhado e o do internamento compulsivo. Em todo o caso e por razões que a mais do simbolismo relevam da máxima preservação de garantias, inclino-me a considerar, nessa hipótese de os fundamentos do potencial internamento serem enquadráveis nos do internamento compulsivo no âmbito da LSM (tutelar que seja), que então ele haja de ser decidido nos termos e com as garantias nela previstas e em autónomo processo correspondente, não a título *incidental* no (por apenso ao) processo de acompanhamento – o que de resto é pelo menos impressivamente sugerido pela actual redacção dos artigo 5.º, n.º 3, e 13.º, n.º 1, da LSM, senão inequivocamente dela resultante.

Considero relevante destacar que a reforma abrançou a legislação eleitoral e em concreto as incapacidades eleitorais activas de pleno direito que dela constavam. Com pequenas diferenças, todos os pertinentes diplomas (incluindo a Lei Orgânica do Regime do Referendo, por remissão para a Lei Eleitoral da Assembleia da República) previam a incapacidade eleitoral activa dos “interditos por sentença com trânsito em julgado” e dos “notoriamente reconhecidos como dementes, ainda que não interditos, quando internados em estabelecimento psiquiátrico ou como tais declarados por uma junta de dois médicos”<sup>1</sup>.

O sentido do novo regime aponta para que eventual limitação ao direito de voto, que não cabe duvidar de que seja um *direito pessoal* e portanto e em princípio de livre exercício (artigo 147.º, n.º 1, do CC), não possa senão ser absolutamente excepcional, cabendo recordar que nas observações finais relativas ao relatório inicial de

---

<sup>1</sup> Cfr. os artigo 37.º, n.º 1, e 254.º, da Lei n.º 15-A/98, de 3 de Abril (Lei Orgânica do Regime do Referendo), e os artigo 2.º, als. *a*) e *b*), da Lei n.º 14/79, de 16 de Maio (Lei Eleitoral da Assembleia da República), 3.º, n.º 2, als. *a*) e *b*), do Decreto-lei n.º 319-A/76, de 3 de Maio (Lei Eleitoral do Presidente da República), 2.º, als. *a*) e *b*), do Decreto-lei n.º 267/80, de 8 de Agosto (Lei Eleitoral da Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores), 2.º, als. *a*) e *b*), da Lei n.º 1/2006, de 13 de Fevereiro (Lei Eleitoral da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira), 3.º, als. *a*) e *b*), da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14 de Agosto (Lei Eleitoral dos Órgãos das Autarquias Locais) e 36.º als. *a*) e *b*), da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24 de Agosto (Regime Jurídico do Referendo Local).

Portugal, aprovadas na sua 15.<sup>a</sup> sessão, de 29 de Março de 2017, e em documento de 20 de Maio de 2016, a Comissão instituída pelo Protocolo Opcional da Convenção de Nova Iorque Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 30 de Março de 2007<sup>2</sup>, entre o rol de “preocupações” manifestadas, fez constar expressamente (no correspondente ponto 29.) a relativa ao direito de voto, com recomendação ao Estado português (certamente tida em conta no processo legislativo), e passo a citar, «de tomar as medidas (...) para que todas as pessoas deficientes que tenham sido privadas da sua capacidade jurídica possam exercer todos os direitos inscritos na Convenção, *incluindo o direito de voto (...)*» (sublinhado meu).

Pois bem, as alterações subsequentes à legislação eleitoral<sup>3</sup> passaram neste plano e em primeiro lugar pela simples revogação da terminante incapacidade eleitoral activa dos interditos, sem nova previsão equivalente para os acompanhados, naturalmente partindo da assunção de que se não justifica e nem sequer é mais sustentável uma incapacidade eleitoral activa *de pleno direito*, estabelecida *independentemente* da particular afectação dos visados e respectivo grau e alcance. E passaram em segundo lugar pela substituição de “notoriamente reconhecidos como dementes” e de “interditos” por “os que notoriamente apresentem limitação ou alteração grave das funções mentais” e por “sujeitos a acompanhamento”. Na formulação actual da incapacidade eleitoral activa: “os que notoriamente apresentem limitação ou alteração grave das funções mentais, ainda que não sujeitos a acompanhamento, quando internados em estabelecimento psiquiátrico ou como tais declarados por uma junta de dois médicos”. Esta substituição de “interditos” por “sujeitos a acompanhamento” parece-me todavia infeliz, por desnecessária, na medida em que a incapacidade de pleno direito para os interditos foi revogada sem idêntica previsão agora para os acompanhados, não se percebendo o sentido útil que a ressalva possa manter. Na

---

<sup>2</sup> Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 7 de Maio, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 72/2009, de 30 de Julho).

<sup>3</sup> Introduzidas pelos artigos 2.º, 4.º, 6.º e 7.º da Lei Orgânica 3/2018, de 17 de Agosto, na LEPR, na LEAR, na LEOAL e no RJRL, para entrarem em vigor na mesma data da entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14/08 (mas deixando de fora as LEALRAA e LEALRAM, que para já mantêm as respectivas previsões de incapacidade incólumes).

sua Deliberação de 07/05/2019 (cfr. o respectivo ponto 5, § 2), a Comissão Nacional de Eleições, pronunciando-se em matéria de recenseamento eleitoral, parece entender que nem mesmo a título excepcional a decisão judicial de instituição do acompanhamento pode estabelecer uma incapacidade eleitoral activa, tendo determinado que ainda em tal hipótese o eleitor não seja eliminado da Base de Dados do Recenseamento Eleitoral.

O novo figurino da incapacidade eleitoral activa, limitando-a aos “que notoriamente apresentem limitação ou alteração grave das funções mentais”, não sendo desprovido de título constitucional (49.º, n.º 1, da CR), parece-me ainda questionável sob o ponto de vista da suficiência da resposta à dita recomendação e à luz do artigo 29.º, al. a), daquela Convenção, para mais deixando a possibilidade da privação do direito de voto à margem da decisão de acompanhamento ou de qualquer controlo judicial prévio e antes na contingência do internamento psiquiátrico ou da declaração desse compromisso de funções mentais por uma junta de dois médicos – o que por outro lado talvez se mostre inevitável e legitimado pelos artigos 18.º, n.º 2, 1.º, e 49.º, n.º 2, da CR, tendo em conta o valor da integridade da vontade política colectiva formada pelo voto, cujo sentido reclama capacidade dos votantes para o processo comunicacional que a votação supõe. Em todo o caso, *independentemente* de aquele a quem possa afectar estar ou não sujeito a acompanhamento, a incapacidade eleitoral activa passou a reclamar *sempre* uma limitação ou alteração *notória e grave* das funções mentais e, *cumulativamente*, um internamento psiquiátrico em curso *ou* a declaração desse compromisso de funções por uma junta de dois médicos.

4. Tomo por evidente que seja como for o novo regime, não descuidando cautelas patrimoniais e pelo contrário prevendo regulamentação detalhada dos aspectos relevantes dessa esfera (que deixo fora do âmbito destas notas), representa um significativo avanço na concretização legal da generalidade dos princípios que o Estado português está por diversas vias vinculado a observar no tratamento a dar ao cidadão portador de deficiência, com natural destaque para os do respeito pela dignidade, da autonomia individual (incluindo a liberdade de fazer as próprias escolhas e a salvaguarda do âmbito da vida privada), da independência, da igualdade/não discriminação e da potenciação de participação plena e efectiva na sociedade

(abrangendo a possibilidade de realização profissional)<sup>4</sup>, tudo em lógica de *subsidiariedade* e intervenção *mínima* (artigo 140.º, n.º 2, e 145.º, n.º 1, do CC).

Na verdade, onde o anterior instituto da interdição estabelecia uma *incapacidade geral e de princípio* do interdito, mitigada apenas nas poucas normas a isso especificamente dirigidas e nas que, previstas para excepcionar a dos menores, lhe eram com as necessárias adaptações aplicáveis, o novo regime do maior acompanhado passou a dispor da maleabilidade necessária para adequar judicialmente cada concreta solução às específicas necessidades impostas pelas características próprias do acompanhado, passíveis de considerável variabilidade, em todo o caso sendo *a regra a capacidade e a excepção as suas limitações*; o que o põe a salvo daquela que quanto a mim se mostrava a mais relevante crítica de que o anterior era passível, a saber, a de uniformemente reduzir o portador de deficiência incapacitante a uma posição de sujeição, quase destituído de margens de actuação autónoma ou pelo menos com elas muito aquém do que o seu potencial lhe pudesse consentir usar. Um dos aspectos em que mais impressivamente se traduz esta nova consideração do portador de anomalia é o da posição processual que se lhe atribui não já no próprio processo destinado a decidir sobre o acompanhamento, mas nas causas em que para exercício dos seus direitos ou cumprimento dos seus deveres haja de como acompanhado ser parte, é dizer, na sua capacidade processual.

5. Onde antes o interdito, por definição incapaz como os menores (artigo 139.º do CC, na anterior redacção), só podia estar em juízo por intermédio do tutor respectivo, a quem competia, no seu interesse e a ele funcionalizado nos termos da lei, mas sempre

---

<sup>4</sup> Além da imposição ínsita no artigo 71.º, n.º 1 e 2, da Constituição da República, cfr. os artigos 3.º, 4.º, 5.º, 12.º e 13.º da Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e no âmbito europeu, a Decisão do Conselho de 26 de Novembro de 2009 (que em nome da Comunidade aprovou aquela Convenção), e as recomendações do Conselho da Europa R (98) 9, de 18 de Setembro de 1998 (relativa à dependência), R (99) 4, de 23 de Fevereiro de 1999 (sobre a protecção legal de adultos incapazes), R (2006) 5, de 5 de Abril de 2006 (sobre a promoção dos direitos e da plena participação de pessoas deficientes na sociedade), e R (2009) 6, de 8 de Julho de 2009 (sobre o envelhecimento e a deficiência na Europa do século XXI).



heteronomamente, a faculdade de decidir as estratégias processuais a empregar ou não e a própria posição geral a assumir na causa, e o inabilitado apenas podia por si estar em juízo com autorização do seu curador (em ambos os casos sem prejuízo da autonomia de actuação judiciária quanto aos limitados actos que pudessem exercer de forma pessoal e livre – artigo 16.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, na anterior redacção), actualmente (com a nova redacção do dito artigo 16.º, n.º 1, do CPC) o acompanhado só fica nessa subordinação quando a decisão de acompanhamento tenha incluído no âmbito e conteúdo deste a sujeição a representação (como prevista no artigo 145.º, n.º 2, al. *b*), do CC), e, parece-me, desde que se trate de representação geral ou de representação especial com indicação *expressa* de abranger com maior ou menor amplitude actuações judiciais ou determinadas acções judiciais.

Já para o acompanhado não sujeito a representação geral ou especial cuja necessidade abranja a intervenção em processo judicial, ficou expressamente prevista a possibilidade de intervir em *todas* as acções em que seja parte, devendo ser citado quando tiver a posição de réu, sob pena de nulidade por falta de citação, ainda que citado tenha sido o acompanhante (v. o artigo 19.º, n.º 1, do CPC, que passou a prever para os acompanhados, independentemente da natureza e fundamentos do acompanhamento, o regime que no essencial era o anteriormente previsto para os inabilitados mas não aplicável aos interditos). Naturalmente, o significado desta intervenção imediatizada não pode deixar de ser o de se manter com o portador de anomalia acompanhado, a despeito da anomalia e do acompanhamento, a *efectiva* faculdade de livremente e em igualdade com qualquer outro sujeito processual contribuir, nos limites da posição correspondente, para a conformação do resultado do litígio, decidindo os termos da actuação respectiva, a começar pela opção sobre agir ou não agir, contestar ou não, constituir ou não advogado e escolhê-lo ele mesmo, passando por definir por si próprio e sem outra assistência que não a técnica (quando obrigatória) as estratégias processuais e as alegações substantivas a fazer, e acabando na decisão sobre recorrer ou não recorrer quando recurso caiba.

Este resultado é um efeito *directo* da mera eliminação da incapacidade judiciária *geral*, e neste contexto a única alteração expressa que se mostrou necessário fazer foi a de tornar claro que pode agora ser requerido depoimento de parte (e logo também declarações

de parte) de qualquer acompanhado (artigo 453.º, n.º 2, e 466.º, n.º 1, do CPC), onde antes só tinha cabimento o do inabilitado (v. o artigo 453.º, n.º 2, do CC, na redacção anterior), e isto independentemente da subsistência da ressalva, óbvia, de o valor confessorio do depoimento (e por maioria de razão a confissão tácita ou ficta) apenas relevar nos limites em que ele possa obrigar-se, limites a aferir em função da decisão de acompanhamento e que, fora dos casos de sujeição a representação ou de eventual imposição da necessidade de autorização prévia para a prática de certos actos ou categorias de actos (artigo 145.º, n.º 2, al. *d*), do CC), verdadeiramente não serão diferentes, quanto à admissibilidade, validade e regime, dos que em geral hajam de valer para qualquer outra parte – designadamente os que resultam dos artigos 354.º a 361.º do CC, mas igualmente dos artigos 454.º, 464.º, 465.º e 568.º do CPC, e ainda, em matéria não apenas de confissão mas igualmente de desistência ou transacção, dos artigos 289.º, n.º 1 e 290.º, n.º 3, também do CPC.

**6.** Em boas contas, o acompanhado só padece de alguma medida de incapacidade ou limitação da capacidade judiciária nas hipóteses de (*a*) sujeição a representação e no âmbito desta ou (*b*) de a intervenção em juízo respeitar à prática de actos ou categorias de actos para que tenha sido estabelecida necessidade de autorização prévia. Fora destas hipóteses, é para todos os efeitos capaz. De resto, mesmo nas de necessidade de autorização prévia não cabe ao acompanhante em sentido próprio *representá-lo* em juízo, sucedendo apenas que a intervenção dele fica *nessas matérias* (e só nelas) sujeita à sua orientação, a qual *prevalece em caso de divergência* (v. o artigo 19.º, n.º 2, do CPC, uma vez mais se tratando de estender a todos os acompanhados aquilo que antes valia para os inabilitados).

Desta última regra resulta, por imperativo lógico e não obstante a falta de previsão expressa, que mesmo não havendo sujeição a representação, em se jogando no processo matérias da dita natureza (algo que o juiz não pode deixar de aferir), então o acompanhante tem de intervir, independentemente de até poder estar o acompanhado munido de instrumento em que a autorização prévia venha já prestada, uma vez que essa intervenção sempre será condição da dita orientação e, em todo o caso, de poder manifestar *em concreto* a sua posição sobre a actuação do acompanhado segundo o dever das vicissitudes do processo e a variabilidade das circunstâncias e do

que a cada passo esteja em jogo (autorizando ou recusando a autorização quando se mostre necessária). Isso implicará que seja logo admitida a sua intervenção espontânea, com esse limitado âmbito e ao lado do acompanhado, autor ou réu que seja, e sobretudo que, não tendo essa intervenção espontânea tido lugar, então seja pelo juiz chamado.

Penso que no caso de um acompanhado não sujeito a representação mas que para a prática de certos actos careça de autorização prévia do acompanhante, e que, sem prévia autorização dele ou sem sequer cuidar das suas orientações, entenda agir processualmente em causa que contudo envolva a prática de actos daquela ordem, fazendo-se para isso assistir por advogado constituído ou nomeado, é dever deste último, no âmbito da correspondente assistência técnica, suscitar ele próprio a questão logo na primeira peça que subcreva, mas não simplesmente abster-se da representação por falta dessa autorização prévia – que de resto e ainda que ao serviço das pretensões do seu mandante tente conseguir, pode pelas mais variadas razões nem lograr por si mesmo, sem que isso signifique necessariamente a inviabilidade dela. Por outro lado, face à hipótese de dissenso entre o acompanhado e o acompanhante em alguma dessas matérias, certamente quando prefigurado ou já instalado ou ainda e de todo o modo na simples ausência de manifestação de autorização, torna-se quanto a mim claro que não é legítimo o patrocínio de ambos por um mesmo advogado, algo que não sai beliscado pela circunstância de o juiz ficar em última instância vinculado à prevalência da posição do acompanhante.

Julgo ser um tanto excessiva esta subtracção ao escrutínio do juiz e a conseqüente prevalência quase incondicionada da orientação do acompanhante. Digo “quase” por isso que ao menos na hipótese de ser arguido e se revelar manifesto que o fundamento da orientação do acompanhante em divergência com o acompanhado sejam interesses próprios daquele conflitantes com os deste, então e porque isso acarreta anulabilidade (artigo 150.º, n.º 1 e 2, 152.º, n.º 1 e 2, e 261.º, do cc), creio que não deveria o próprio juiz coonestar com a sua decisão o acto viciado – e pelo contrário tomar logo a medida concretamente conveniente, incluindo ultrapassar a falta de autorização, algo muito mais fácil de aceitar do que a produção de um resultado danoso para o acompanhado e que penso poder encontrar ainda cobertura na disposição do artigo 150.º, n.º 3, do cc (mesmo

sendo a directa previsão da norma a solicitação de medidas ao tribunal competente para o decretamento do acompanhamento e para conhecer das suas vicissitudes).

Fora dessa hipótese, orientações dos acompanhantes contrárias aos interesses *objectivos* dos acompanhados são possibilidades que o legislador, porventura atribuindo-lhes menor probabilidade de ocorrência do que às de decisões autolesivas dos últimos (coisa ao menos congruente com a fenomenologia expectável), parece ter relegado para apreciação ulterior em sede de revisão/cessação/modificação da medida de acompanhamento (artigo 149.º e 155.º do CC e 904.º do CPC) e/ou de remoção/exoneração do acompanhante (artigo 152.º e 1948.º, al. a), do CC), quando não e nos termos gerais de eventual responsabilização pelo desempenho das suas funções – mas sem prejuízo daquela prevalência na acção em causa. Esse critério decisório imposto ao juiz, aliás de modo terminante, que lhe não deixa margem para uma apreciação casuística do acerto ou conveniência da orientação do acompanhante e da eventual falta da sua autorização por comparação com os da pretensão do acompanhado (com potencial excepção nos muito estreitos limites referidos), determina necessariamente o sentido da resolução do conflito entre ambos, mas não o torna inexistente e portanto isento da proibição de exercício do mandato por conta a um tempo de ambos os conflituantes (artigo 99.º, n.º 3 e 4, do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei 145/2015, de 9 de Setembro).

7. Se ao acompanhado não sujeito a representação é actualmente reconhecida a capacidade de por si mesmo agir em juízo não apenas em tudo quanto releve dos seus direitos pessoais e negócios da vida corrente, mas de modo geral quanto aos seus interesses e com a reserva apenas da necessária intervenção do acompanhante quando estejam em causa actos para os quais seja necessária e em última análise prevalecente a respectiva autorização/orientação, nos termos que venho referindo, importa reparar em que mesmo quando imposta a sujeição a representação o novo modelo não pode bastar-se com a simples preterição do acompanhado e a sua exclusão inelutável do processo, ao jeito da lógica de representação/substituição que antes referi como característica do precedente regime e agora superada por uma de apoio/auxílio.

Deste modo é naqueles casos com certeza o acompanhante quem em juízo o representa, aqui sim continuando a tratar-se de uma incapacidade judiciária suprida (nos termos dos artigos 16.º, n.º 1, e 27.º, n.º 1, do CPC) mediante atribuição ao representante de poder decisório heterónimo, embora em certas matérias carecendo de autorização judicial [por exemplo, para a disposição de imóveis (artigo 145.º, n.º 3, do CC), para acção de separação de bens (artigo 1769.º, n.º 1, do CC) ou para o divórcio (artigo 1785.º, n.º 2, do CC)]. Isso não deve porém encadear que o ponto de vista próprio do acompanhado, na medida em que possua a capacidade natural de formulá-lo e exprimi-lo, não deva ser tido em conta, coisa que, mesmo na ausência de previsão legal, há-de isso sim levar a que quando menos seja ouvido, e tanto mais quanto maiores forem aquela capacidade natural e, segundo as concretas características do caso em litígio, o impacto potencial, mesmo indirecto, que a decisão da causa possa ter em interesses pessoais dele ou nas suas condições de existência.

Creio portanto que ouvir o acompanhado é sempre dever do tribunal, mesmo nos processos em que ao acompanhante com representação cabe heteronomamente a condução dos seus interesses, porque é isso o que está em linha com a afirmação da nova teleologia do instituto, de outro modo mal se podendo perceber que o acompanhamento, mais do que meramente suprir uma incapacidade, visasse de verdade assegurar o pleno exercício dos seus direitos (cfr. o artigo 140.º, n.º 1, do CC) e o fizesse com a máxima preservação do respeito pelas suas dignidade, autonomia individual, independência, em igualdade/não discriminação e com potenciação de participação plena e efectiva dele na sociedade. O modo processualmente mais adequado de fazê-lo será em declarações de parte, que nada impede sejam determinadas pelo tribunal oficiosamente e em qualquer estado do processo (artigo 466.º, n.º 2, e 452.º, n.º 1, do CPC). Não procede a objecção de que porventura o acompanhado não tenha condições de exprimir-se e que tanto até já resulte da decisão de acompanhamento. Em primeiro lugar, isso não acautalaria a natural mutabilidade de circunstâncias, e em segundo lugar, e mais importante, a eventual incapacidade de comunicação significativa do acompanhado certamente impedirá em última análise que *de facto* seja ouvido, mas não deve dispensar o juiz de por si mesmo a constatar, garantindo que ele só não seja ouvido se efectivamente

não tiver para isso condições. Penso haver aqui um paralelismo com o sentido da obrigação de audição no âmbito do próprio processo de acompanhamento (artigo 139.º, n.º 1, do CC, e 897.º, n.º 2, 898.º, n.º 1, do CPC).

A respeito da capacidade testemunhal do acompanhado, é muito de saudar a nova redacção do artigo 495.º, n.º 1, do CPC. Se antes, de um jeito que reputo especialmente estigmatizante para os afectados e além disso ilógico sob o ponto de vista da consecução da justiça material em cada concreto caso, era de plano negada a capacidade de testemunhar a qualquer interdito por anomalia psíquica, independentemente do específico alcance das suas limitações pessoais e da aptidão natural que pudesse ou não ter para depor, actualmente, de forma congruente com o dito espírito do novo regime e os seus objectivos, e como sucede com qualquer outra pessoa (e já antes sucedia também com os inabilitados), a dos acompanhados é um dado de princípio, ficando somente dependente da verificação pelo juiz das suas aptidões física e mental, é dizer, da sua capacidade natural para depor sobre os factos objecto da prova.

**8.** Deixando de lado o que releve da intervenção do acompanhado em processos criminais na qualidade de arguido (outra matéria que deliberadamente deixo de fora do âmbito destas notas), já quando se trate de fazê-lo como testemunha (o artigo 9.º da Lei 49/2018, de 14 de Agosto, procedeu a alteração do artigo 131.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, relativo à capacidade de testemunhar, em termos absolutamente paralelos à que foi feita ao artigo 491.º, n.º 1, do CPC), parte civil ou assistente, hão-de essencialmente valer os mesmos critérios que venho de referir com a mente em causas cíveis. Ainda assim creio justificarem-se breves observações.

Desde logo, a de que no plano da respectiva intervenção como parte civil, nos limites correspondentes (artigo 74.º, n.º 2 e 3, do CPP), e ainda quando não haja sujeição a representação, se estiverem em causa actos ou categorias de actos dependentes de prévia autorização do acompanhante (exemplarmente os de disposição patrimonial, com a já referida ressalva de que em tratando-se de imóveis é sempre necessária ainda autorização judicial, prévia e específica – artigo 145.º, n.º 3, do CC), o que também aqui tem de ser aferido, a já dita garantia do *efectivo* acompanhamento e inerente orientação implica a intervenção daquele acompanhante e de todo o modo a

manifestação da sua concreta posição (autorizando ou não), e assim e enfim que a mais do acompanhado seja ele mesmo também visado pelos actos processuais a praticar em vista da eventual dedução do pedido cível ou sua contestação, é dizer, que se cumpram também na pessoa dele os deveres de informação, as notificações e o contraditório pertinentes (artigo 75.º, n.º 1, 77.º, n.º 2, 78.º, n.º 1, e 82.º-A, n.º 2, do CPC). Naturalmente, essa aferição e a eventual prática dos ditos actos, em se impondo, serão ónus do Ministério Público quando devam ser praticados em inquérito, e sê-lo-ão do juiz quando haja lugar a despacho de pronúncia ou em todo o caso quando o processo tenha sido já recebido no tribunal para julgamento.

No que respeita à intervenção do maior acompanhado como assistente (artigo 68.º, n.º 3, e 69.º, do CPC), e de resto logo ao próprio exercício do direito de queixa, incluindo desistência ou renúncia (artigo 113.º, n.º 1, e 116.º, do CP), ou à que lhe haja de caber como vítima (artigo 67.º-A, n.º 4 e 5, do CPC), tudo pressupondo como que por definição a gestão de interesses pessoais seus, temos que nos termos do artigo 147.º, n.º 1, do CC, a liberdade de actuação é a regra, excepcionada apenas quando a sentença de acompanhamento o determinar ou quando isso resulte de disposição legal em contrário. Ora, face à eventual constatação de que a medida da afectação de capacidades do acompanhado o prive do cabal exercício de tais direitos, aquela sentença estabelecerá para isso sujeição a representação ou a submissão da prática dos correspondentes actos a autorização, com a consequência evidente de ao acompanhante se deferir o exercício dos direitos de queixa ou de constituir-se assistente (cfr. respectivamente os artigos 113.º, n.º 4, do CP, e 68.º, n.º 1, al. *d*), do CPC), no primeiro caso (i.e, quando tem representação), ou de quando menos ter de ser colhida a sua autorização, no segundo (i.e., quanto não tem representação).

Dir-se-ia, em face do teor dos artigos 113.º, n.º 4, do CP, e 68.º, n.º 1, al. *d*), do CPC, que literalmente cometem o exercício dos direitos de queixa e de constituição como assistente ao *representante legal* do incapaz (e na sua falta ao elenco de pessoas e instituições referidas respectivamente no n.º 2 do artigo 113.º do CP e nas al. *c*) e *d*) do dito artigo 68.º, n.º 1, do CPC), que do que se trata com eles é precisamente da dita hipótese de excepção legal expressa à regra da liberdade de actuação do maior acompanhado. Uma vez

mais, porém, nem isso se mostra compatível com a teleologia do instituto, na medida em que simplesmente e em termos gerais o assumiria como “incapaz” para esse exercício (ainda que as específicas limitações neste se não repercutissem significativamente), nem em boa verdade uma tal interpretação seria consistente com o concreto regime instituído, desconsiderando a avaliação que no processo de acompanhamento tivesse sido feita e culminado em não se estabelecerem restrições à autonomia naqueles planos e até em nem determinar sujeição a representação alguma, e desse modo levando a que sem mais fosse desapossado o maior dos seus direitos, com transferência para aquelas outras pessoas ou instituições.

Naturalmente, em se apurando uma incapacidade natural do maior que pretende o exercício dos direitos de queixa ou de constituir-se como assistente e *que não tenha* em função dessa incapacidade beneficiado da instituição do acompanhamento, então penso tornarem-se irrestritas aquelas regras dos artigo 113.º, n.º 2 e 4, do CP, e 68.º, n.º 1, als. *c*) e *d*), do CPC: face à dita incapacidade e não havendo representante, o exercício defere-se àquelas outras pessoas ou instituições, pela ordem legalmente prevista – sem prejuízo de em sendo caso se cuidar, depois de prévia comunicação ao Ministério Público para o efeito, da eventual instauração do acompanhamento, a qual em vindo com efeito a ter lugar, com sujeição do maior a representação ou submissão dos actos em causa à autorização do acompanhante (eventualmente até de forma provisória – artigo 139.º, n.º 2, do CC), importará a partir daí a cessação da intervenção daquelas outras pessoas ou instituições e a correspondente intervenção do acompanhante nomeado em lugar delas.

Claro está, pode bem acontecer que um ofendido já maior de 16 anos mas ainda menor se revele *de facto* incapaz para exercer os direitos de queixa ou de constituir-se como assistente, mas nesta hipótese o que está em causa não é que a intervenção das pessoas e instituições constantes dos referidos elencos haja de seguir-se a uma falta de acompanhante (com ou sem representação), que por definição não existe ainda ou não entrou ainda em funções (nos termos do artigo 142.º do CC é possível que tenha sido instaurado acompanhamento antes ainda da maioridade, mas sempre para produzir efeitos somente após esta, até lá se mantendo as responsabilidades parentais dos progenitores, que de resto e se aquando da maioridade ainda a acção estiver pendente se protelam até ao trânsito em julgado da



respectiva sentença, nos termos do artigo 131.º do cc). O que nessa hipótese cabe é sim, parece-me, a intervenção dos representantes legais do menor já com 16 anos de idade mas portador da incapacidade, representantes que são os pais, a estes competindo o exercício daqueles direitos ainda que *em função da dita incapacidade* e não directamente da menoridade.

9. Comecei por notar que a despeito do fim da equiparação genérica persiste no novo regime a proximidade do tratamento dos maiores carentes de acompanhamento com o dos menores, pensando ser justo reconhecer, agora, que a mais de razões de mera conveniência formal isso seja talvez necessariamente determinado pelas efectivas similitudes das correspondentes situações materiais. Tal como ao adulto que por razões de saúde, deficiência ou comportamento se vê em maior ou menor medida impossibilitado de exercer plena, pessoal e conscientemente os seus direitos ou cumprir os seus deveres, também ao menor falecem em regra aptidões para esse exercício de direitos e cumprimento de deveres, mas aqui por força das contingências naturais do lento e progressivo processo de adquiri-las, isto é, do seu desenvolvimento. A produção, por essas diferentes vias, de um resultado que de todo o modo é sempre alguma medida de incapacidade, consente e até justifica que o paternalismo que esta mobiliza mantenha na sua regulamentação contactos, homologias de regime e até simples remissões concretas, enfim, soluções similares e até por vezes idênticas, mas importando não perder de vista as diferenças, que são substanciais e são de tomo, sobre serem óbvias.

Foco-me aqui na essencial, que é precisamente a de no caso do maior a diminuição ou mesmo privação daquelas aptidões ser sempre e por definição uma patologia, um desvio acidental à *norma da espécie* humana (independentemente do seu maior ou menor grau e da sua natureza permanente ou temporária, duradoura ou breve), ao passo que nos menores se apresenta igualmente por definição como decorrência da fisiologia do processo desenvolvimental respectivo, tendencialmente conducente, segundo a dita norma de espécie, à aquisição plena de competências, com várias fases e diversas limitações correspondentes. A esta luz, enquanto o regime de assistência a dispensar ao maior, hoje passível de adaptação às suas concretas limitações, com preservação da respectiva autonomia até ao limite do possível e apenas se necessário, é tarefa judicial a desempenhar

dentro de um quadro legal com limites relativamente amplos e segundo as características da pessoa em causa, de resto susceptível e até carente de reapreciação actualizadora segundo o imprevisível devir delas (v. o artigo 149.º, n.º 1, do CC, e 904.º, n.º 2 e 3, do CPC), mas ao menos potencialmente permanente, já o que cumpre dispensar aos menores, sendo sempre necessário, tem o limite temporal da maioridade ou emancipação e, por força da previsibilidade dos patamares médios de desenvolvimento, define-se de forma válida para a generalidade dos menores mas em quadros legais mais precisos e escalonados de acordo com aqueles, isto é, com muito menos necessidade de variação individualizada por decisão judicial (mas sem eliminá-la).

Por outras palavras, o regime próprio do maior acompanhado importa limitações que são excepcionais e legítimas apenas até onde e enquanto indispensável para em boas contas lhe assegurar a efectividade da autonomia possível ou as condições de maximização da que de futuro porventura e desejavelmente recupere, tudo com grande sensibilidade às incidências do caso concreto, ao passo que o do menor, visando os mesmos objectivos, estabelece limitações que, sendo a regra, por definição estão destinadas a cessar em certo horizonte temporal e com progressividade em boa medida já legalmente predefinida, sendo mais estreitas as margens de conformação judicial delas.

**10.** Bem se compreende que concorrendo em um menor, como fundamento potencial de incapacidade, também razões de saúde, deficiência ou comportamento que o impossibilitem de exercer plena, pessoal e conscientemente os seus direitos ou cumprir os seus deveres, este último não assumam valor autónomo para determinação de regime, como que se absorvendo no da menoridade o que coubesse dispensar-lhe; breve, o menor não precisa de acompanhante, limitativas que sejam aquelas suas eventuais contingências, por isso que até à maioridade (ou mesmo para lá dela enquanto pender processo de acompanhamento que tenha sido instaurado no ano anterior e até que seja decidido), tem os pais (ou tutores) como representantes. E no entanto esta afirmação tem tanto de evidente como em certo sentido de potencialmente insatisfatório.

O que não falta são matérias em que apesar da menoridade os menores já gozam de autonomia decisória, sendo costume a esse

respeito sublinhar-se a *incapacidade regressiva* deles ou, reversamente, as *progressivas maioridades especiais* ou *emancipações parciais* que vão atingindo. Em certos temas alguns patamares têm consagração expressa, como sucede com o internamento psiquiátrico (artigo 7.º, al. *b*), da Lei n.º 36/98, de 24/07 – Lei de Saúde Mental), aos 14 anos de idade, com o consentimento em geral (artigo 81.º e 340.º, n.º 1, do cc, e 38.º, n.º 1 e 3, do Código Penal) e com a administração ou disposição de bens adquiridos pelo trabalho, com os actos relativos ao exercício de profissão e com os negócios da vida corrente (artigo 127.º, n.º 1, do cc), aos 16 anos de idade, tudo entre muitos outros que aqui seria fastidioso enumerar e até à hipótese limite do casamento e emancipação (artigo 132.º, 133.º, do cc, e 255.º a 257.º do Código do Registo Civil – não obstante a restrição do artigo 1649.º do cc), também aos 16 anos. E em termos gerais, o menor pode pessoal e livremente decidir, à margem da representação dos pais ou tutores, o que respeite a actos puramente pessoais (artigo 1881.º, n.º 1, do cc). Ora, a liberdade que em cada caso o menor tenha para o exercício de direitos, designadamente de personalidade, coloca um problema quando a mais de menor mas já com a idade que em regra para esse exercício se preveja (ou que segundo a normalidade se mostre compatível com as capacidades naturais para isso), ele seja afinal portador de afectação que, em sendo maior, reclamasse o acompanhamento.

Do que na verdade se trata é então de alguém que, embora ainda menor, teria autonomia decisória que todavia não pode exercer por ter limitadas as aptidões necessárias para fazê-lo em condições de verdadeira liberdade/responsabilidade, e o problema é que nem sempre deferir a decisão aos legais representantes (pais ou na sua falta tutores) é solução consentânea com os respectivos interesses, seja segundo a subjectiva definição deles pelo próprio menor, seja mesmo em consideração tanto quanto possível objectivada: a autoridade parental é funcionalizada aos interesses do menor, mas dever ser por isso exercida em certos moldes que mais adequadamente os promovam e defendam não significa que efectivamente o seja.

Deparamo-nos frequentemente com a questão em sede de intervenção nos termos da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 01/09 – LPCJP), e sobretudo em dois tipos de casos que aqui evoco: um, o de menores já com 14 anos de idade e algum tipo de perturbação psíquica e/ou deficiência

cognitiva geradora de comportamentos autolesivos a que não há quem na família ou de todo o modo em meio natural de vida logre contenção, e que os pais ou tutores pretendam, contra a sua vontade, que sejam acolhidos em instituição e *nesse âmbito* sujeitos a tratamento pedopsiquiátrico; outro, o de menores já com 16 anos de idade que em função de comportamentos autolesivos, especialmente de etiologia aditiva, os pais ou tutores pretendam, contra a sua vontade, que sejam acolhidos em comunidades terapêuticas para ataque *nesse âmbito* à adição.

A LPCJP, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 142/2015, de 08/09, contempla actualmente que a *medida de protecção* de acolhimento, que agora se chama “residencial” em lugar de “em instituição” (a despeito de continuar a ser em instituições, e as mesmas, que os menores são acolhidos...), possa “em situações devidamente fundamentadas e pelo tempo estritamente necessário” executar-se em instituições que “desenvolvam respostas residenciais, nomeadamente nas áreas da educação especial e da saúde (...), relativamente a crianças ou jovens com deficiência permanente, doenças crónicas de carácter grave, perturbação psiquiátrica ou comportamentos aditivos, garantindo os cuidados socioeducativos e terapêuticos a prestar no âmbito da execução da medida” (artigo 50.º, n.º 3, da LPCJP). Porém, se daqui resulta a estimável disponibilidade de um recurso de emprego *não problemático em havendo aceitação também pelo menor*, já não pode é conceder-se em que sirva para a pretexto de pia intenção tutelar, é dizer, de protegê-lo ou promover os seus direitos e interesses, privá-lo afinal e no processo a isso destinado, do que é uma margem decisória sua e das garantias de que poderia beneficiar em sendo o procedimento o especificamente previsto.

**11.** No âmbito dos processos tutelares, de promoção e protecção como em geral dos tutelares cíveis, existem mecanismos especificamente dirigidos a assegurar a defesa dos interesses dos menores, mesmo contra os seus representantes. Desde logo isso é função estatutária do Ministério Público e compete igualmente ao próprio juiz, e o processo de promoção e protecção dota ele mesmo o menor de garantias amplas, prevendo para certos actos a necessidade do seu acordo ou não oposição, que seja informado, a sua audição e a sua participação autónoma, só para destacar o essencial (artigo 4.º, als.

*i) e j)*, 10.º, 84.º, 87.º, n.º 3, 104.º, 107.º, n.º 1, al. *a)*, 114.º, n.º 1, e 123.º, n.º 2, da LPCJP, e 4.º e 5.º, do RGPTC).

Para mais, de acordo com a lei vigente o menor pode ainda ser assistido por defensor, quando tendo para isso maturidade o solicitante e, *sempre*, quando se prefigure aquele conflito de interesses (artigo 103.º, n.º 2, da LPCJP, e 18.º, n.º 2, do Regime Geral do Processo Tutelar Cível – RGPTC, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 08/09), não obstante caberem as maiores dúvidas de que a consagração legal desta possibilidade de assistência técnica autónoma (por advogado) ao menor dê inteira satisfação à exigência do artigo 4.º, n.º 1, da Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos das Crianças<sup>5</sup>, de cujo texto me parece resultar que sem prejuízo dessa eventual e excepcional assistência por advogado (apenas “nos casos apropriados” – artigo 9.º, n.º 2, da mesma Convenção), se exige isso sim como regra um representante *pessoal*, uma espécie de curador *ad litem*. Talvez tivesse com efeito sido mais conforme com a disposição da Convenção o estabelecimento da possibilidade incidental de nomeação de curador especial em termos paralelos aos que prevê o artigo 1881.º, n.º 2, do cc.

Seja como for, as existentes deveriam ser cautelas bastantes, mesmo em vista da potencial aplicação de uma medida (a de acolhimento) que em boas contas representa uma privação de liberdade do menor e tem de ser assim encarada no nosso ordenamento (como, se dúvidas houvesse, logo se concluiria da mera leitura do artigo 27.º, n.º 3, al. *e)*, da Constituição da República), mas a verdade é que um certo paternalismo assistencialista que se vai tornando um traço dominante da nossa cultura popular e mediática, invade já as instituições, mesmo judiciais, e não podemos infelizmente dar por adquirido que das pulsões de heterodeterminação tutelar animadas do pânico moral com que a todo o custo se pretende proteger as crianças, até e sobretudo contra elas mesmas, não resultem, aqui e ali e para quem por todas as razões mais carece de ser protegido, verdadeiros *internamentos compulsivos*, psiquiátricos ou de terapia de adições, travestidos de *acolhimentos de proteção*... Já deixo para segundo plano o todavia não menos presente e ainda mais antigo

---

<sup>5</sup> Adotada em Estrasburgo a 25 de Janeiro de 1996, aprovada em Portugal pela Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014, de 21/01, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, de 27/01.

potencial de deriva para o emprego de tais medidas com intuito *punitivo*.

O remédio, está claro, não podem ser mais e mais garantias processuais, a multiplicação de intervenientes, o crescimento das alternativas à parentalidade ou mais procedimentos. Tem de ser nada mais do que o bom entendimento do quadro normativo vigente e o acatamento dele. Muito simplesmente, a interiorização de que se um menor já com 14 anos de idade rejeita tratamento pedo-psiquiátrico de que careça, então o meio adequado de *contra a sua vontade* poder-se eventualmente dispensar-lho é o que prevê a LSM, com as garantias que lhe são próprias e em que esse objectivo é à partida transparente – não o de promoção e protecção, em que o tratamento contra a sua vontade é ilegítimo, como se colhe logo por leitura dos artigo 87.º, n.º 3, e 10.º, n.º 1, da LPCJP, ao menos por maioria de razão (e da mesma maneira mas com o limiar dos 16 anos, também do artigo 14.º, n.º 2, al. *e*), 3, al. *d*), e 4, da Lei Tutelar Educativa – Lei n.º 4/2005, de 15/01), mas no limite é indevido sob o próprio ponto de vista constitucional, por desvio à previsão do artigo 27.º, n.º 3, al. *h*), da CR. E a de que se um menor de 16 anos de idade recusa tratamento da sua toxicodependência, então impor-lho em contexto de privação de liberdade, sobre não se ver como pudesse ser *adequado* ao objectivo último de conseguir remover aquele perigo para a sua saúde e as suas condições de desenvolvimento (pois que mal se concebe sequer um tratamento de toxicodependência eficaz sem adesão e até contra vontade de quem o recebe), e nem se reconhecer por força como *necessário* (o que reclamaria a conclusão da indisponibilidade de outros modos de intervenção), é algo para que não está previsto título legal expresso e é portanto indevido (igualmente e por maioria de razão à luz do artigo 14.º, n.º 2, al. *e*), 3, als. *a*) e *b*), e 4, da LTE, mas também e no limite à dos artigo 27.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2 e 3, da CR).

**12.** Estou de resto em crer que em se tratando de menores já com 16 anos de idade, e fora os casos de absoluto desvalimento ou, por outra qualquer razão, de necessidade urgente de protecção das condições existenciais básicas, a própria legitimação objectiva da aplicação de medida de acolhimento *contra* a respectiva vontade, independentemente da natureza do perigo que leve a equacioná-la e das concretas características (mesmo não terapêuticas) projectadas

para a sua execução, é algo que dificilmente pode compaginar-se com os valores do nosso ordenamento, o da liberdade à cabeça.

Naturalmente, a protecção da infância e juventude é em si mesma um dever do Estado, constitucionalmente imposto (artigo 8.º, n.º 2, 69.º e 70.º da CR<sup>6</sup>), mas a óbvia *tensão* potencial (e tantas vezes efectiva) dos modos dela com a autodeterminação dos menores, não tem necessariamente de resolver-se a débito desta, em si mesma um interesse digno de protecção igual ou até maior do que outros a que se refira a situação de perigo desencadeante da intervenção.

Dito de outro jeito, não pode aceitar-se que em função dos interesses a que se referem os perigos tipificados na LPCJP (artigo 3.º) se consagre uma *irrestrita* prevalência do objectivo de remoção destes sobre as margens de autodeterminação próprias do menor segundo a respectiva idade e capacidades naturais, impondo-se reconhecer isso sim que os resultados protectivos visados são contingentes, podem frustrar-se e que muitas vezes e para preservação daquelas margens de autodeterminação, inerentes de resto à dignidade humana do menor, terá a intervenção de protecção de limitar-se à redução possível de danos, sem lesão irreparável desse ou de outros interesses; e muito menos pode isso aceitar-se sob argumento de serem os que se pretendem proteger “superiores” ao da autodeterminação, com desconsideração da ponderação que na matéria faça o próprio menor e como se a questão pudesse ser furtada às exigências do princípio da proporcionalidade.

## Principal bibliografia consultada

ANTUNES, Maria João, “Internamento compulsivo de portador de anomalia psíquica”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2016, 423-437.

BARBOSA, Mafalda Miranda, *Maiores Acompanhados – Primeiras notas depois da aprovação da Lei n.º 49/2018 de 14 de Agosto*, Coimbra. GestLegal, 2018.

---

<sup>6</sup> E a Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança, assinada em Nova Iorque a 26 de Janeiro de 1990, aprovada em Portugal pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12/09, e ratificada pelo Decreto do Presidente da república n.º 49/90, de 12/09, e ainda a já referida Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos das Crianças.

- BARROSO, Luís Roberto, “Princípio da dignidade da pessoa humana: uma contribuição para a densificação do seu conteúdo”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. III, Coimbra, 2012, (Studia Iuridica) 123-150.
- CORDEIRO, António Menezes, “Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores”, *Revista de Direito Civil* 3 (2018) 473-553.
- GERSÃO, Eliana, “Ainda a revisão da organização tutelar de menores – memória de um processo de reforma”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, 447-476.
- NEVES, José Francisco Moreira das, “Direitos das pessoas com deficiência”, *Data Venia* 6/9 (Novembro de 2018) 251-270.
- RIBEIRO, Geraldo Rocha, “Internamento “voluntário” de interditos: os poderes do representante legal”, *Revista do Ministério Público* 138 (Abril-Junho 2014) 63-94.
- “Os menores: a dialéctica entre emancipação pessoal e protecção. Análise de um caso de internamento em comunidade terapêutica contra a vontade de um menor de 17 anos toxicodependente”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. III, Coimbra, 2017, (Studia Iuridica) 567-596.
- SCHAPIRO, Tamar, “Childhood and Personhood”, *Arizona Law Review* 45 (2003) 575-594.





## **A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ÂMBITO DO NOVO REGIME LEGAL DO MAIOR ACOMPANHADO**

[https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia\\_psiquica/5](https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia_psiquica/5)

*Carlos David Antunes Andrade Baptista*

Procurador da República

A Lei n.º 49/2018 de 14/08 veio transpor para a ordem jurídica portuguesa os princípios gerais estabelecidos na Convenção da ONU de 30/03/2007 sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009 de 07/05. Esta Lei operou uma pequena revolução em diversas áreas do direito que vão desde o direito das pessoas, da família, das sucessões, da alteração à tramitação processual deste tipo de processo, o Regulamento das Custas Processuais, passando pela Lei de Saúde Mental, Código Comercial, Código do Registo Civil, incluindo até o Código do Processo Penal.

Nesta minha alocução proponho-me abordar as principais alterações legislativas que decorrem da referida Lei, a intervenção do Ministério Público (MP) nesta área, as dificuldades práticas de aplicação do novo regime legal nos tribunais e o balanço que, porventura, se poderá já fazer da sua aplicação.

## **1. Alterações Relevantes em relação ao anterior regime da interdição e Inabilitação**

### *Fundamentos da acção*

Para além da doença psíquica, surdez, mudez e cegueira, no actual regime legal, é suficiente a alegação de “razões da saúde” (artigo 138.º Código Civil – cc) que impossibilitem o maior de exercer os seus direitos ou de cumprir os seus deveres.

O que são razões de saúde? Qualquer problema de saúde? Exemplo: inclui-se a incapacidade motora, a pessoa está mentalmente lúcida e capaz de tomar decisões, mas incapaz de se locomover sem auxílio de outra pessoa (por exemplo: não consegue assinar o nome).

### *Tramitação processual*

Ao contrário do que sucedia na anterior tramitação processual, em que o interrogatório do interdito pelo juiz só ocorria quando a acção era contestada – o que não sucedia na maioria dos casos – actualmente a audição do maior é uma diligência obrigatória independentemente da haver ou não contestação (artigo 897.º n.º 2 do Código do Processo Civil – CPC).

Deixou, porém, de ser obrigatória a realização da perícia médica (artigo 899.º) que é determinada de acordo com a avaliação que o juiz faz de cada caso.

O processo especial de acompanhamento de maiores passou a ter natureza urgente (artigo 891.º CPC).

O conselho de família deixou de ser obrigatório (artigo 145.º n.º 4 do cc).

Relação de bens: deixou de ser obrigatória a relação de bens do maior, só serão relacionados os bens se tal for requerido pelo MP, ou pelo requerente, pelo acompanhado ou pelo acompanhante (artigo 902.º n.º 2 CPC) e em apenso ao processo.

### *Legitimidade*

A acção pode ser intentada pelo próprio beneficiário, ou, mediante autorização deste, pelo cônjuge, pelo unido de facto, por qualquer parente sucessível, ou independentemente de autorização, pelo MP.

## 2. A Intervenção do Ministério Público

### *Legitimidade Processual Activa*

O MP tem legitimidade própria atribuída quer pela lei substantiva (artigo 141.º n.º 1 CC) quer pelo estatuto do MP (artigo 3.º n.º 1 al. a) da Lei n.º 60/98 de 27/08) e intervém a título principal (artigo 5.º al. c)).

Ao contrário dos restantes sujeitos processuais não necessita de autorização do maior acompanhado para instaurar a acção, nem de pedir ao tribunal o suprimento dessa autorização (artigo 141.º n.º 1 CC).

Nota: têm sido proferidos despachos judiciais de indeferimento liminar da p.i. por ilegitimidade do familiar requerente por não pedir na acção o suprimento da falta de autorização do maior, nem se justificar a falta dessa autorização.

### *Legitimidade Passiva*

Casos em que o MP é citado para contestar

- 1.º Quando não é possível a citação do acompanhado por não estar em condições de a receber;
- 2.º Quando o beneficiário é citado mas não conteste.

Em ambos os casos aplica-se o artigo 21.º do CPC, ou seja, o MP é citado para contestar a acção em defesa e representação do incapaz.

### *Intervenção na Relação de bens (artigo 902.º CPC)*

Após o trânsito em julgado da decisão de acompanhamento, o MP pode requerer que sejam relacionados os bens do acompanhado, processo que segue em apenso.

### *No Processo especial de Prestação de Contas (artigos 941.º e s.)*

O MP pode requerer que o acompanhante preste contas quando este as não prestar e quando se justifique (artigo 949.º n.º 1)

### *Isenção de Custas*

Normalmente, a iniciativa processual do MP é requerida ou pelos familiares do maior ou por instituição (IPSS) onde o mesmo se encontra acolhido.

A vantagem é, designadamente, a isenção de custas do MP (artigo 4.º n.º 1 al. l)) do Regulamento das Custas Processuais. Se a acção for intentada por outra entidade (exemplo: familiares) não está isenta do pagamento de taxa de justiça.

### **3. Balanço da aplicação da Lei**

O Aumento da entrada dos processos de maior acompanhado nos tribunais.

Verificou-se um aumento exponencial do número de processos em relação ao regime das interdições se inabilitações que eram processos de diminuta relevância nas pendências processuais, quase marginais.

### *Razões*

Essencialmente duas ordens de razões:

1.ª Pelo DL n.º 126-A/2017 de 06/10 a prestação social para a inclusão quando requerida por um representante do incapaz passou a ter de ser instruída por um documento comprovativo de que interpôs um processo judicial de suprimento da incapacidade da pessoa com deficiência (artigo 31.º n.º 3).

E passou a exigir para o pagamento dessa prestação social, em todos os casos já decididos, que a pessoa que tivesse a cargo o incapaz comprovasse a instauração de acção judicial de suprimento da incapacidade da pessoa com deficiência (artigo 36.º n.º 3). Embora posteriormente o DL n.º 33/2018 de 15/05 no seu artigo 95.º n.º 1 viesse a permitir que, até 30/09/2018 essa prestação social pudesse ser paga a quem comprovasse ter a seu cargo o titular da prestação (Prazo esse prorrogado até 31/05/2019 pelo Despacho do Governo n.º 9109/18 de 27/10) o certo é que com esta alteração legislativa os tribunais de todo o País e por via disso, o MP foram inundados com pedidos de instauração deste tipo de acções ainda antes da

entrada em vigor, em 10/02/2019 do novo regime legal do maior acompanhado.

*Exemplo estatístico:* no ano de 2017 foram instaurados no Juízo Local Cível de Leiria, pelo MP 23 acções de interdição. Em 2018: 73 acções de um total de 91. No ano de 2019: 37 até Novembro.

2.<sup>a</sup> A própria Lei que alargou os pressupostos do acompanhamento em relação à interdição e inabilitação – Em princípio qualquer patologia desde que incapacitante, pode ser fundamento para medidas de acompanhamento e nomeação de acompanhante.

### *Repercussões e dificuldades na aplicação da Lei*

Sobretudo o facto de com a audição obrigatória do beneficiário, as pessoas terem de se deslocar ao tribunal, ou este ter de ir ao local onde se encontre o incapaz, mesmo nos casos em que a audição é inviável (exemplo: está acamado, ou não interage com ninguém).

Já sucedeu várias vezes os familiares levarem em ambulância o acompanhado ao tribunal e este ter de ir à rua “ouvir” o beneficiário.

A diligência podia ser dispensada pelo juiz desde que estivesse comprovado no processo, quer por relatório médico quer por testemunhas essa impossibilidade de audição.

### *Benefícios processuais da Lei*

- a natureza urgente do processo;
- a tramitação mais célere do processo desde que não seja determinada a realização de perícia médica.

Na comarca de Leiria, metade do tempo de conclusão do processo é devido ao atraso na elaboração do relatório médico pericial (cerca de seis meses). Se não for realizada, um processo demora actualmente cerca de quatro meses até à prolação de sentença, quando antes demorava, no mínimo, um ano.

Já foram proferidas sentenças em acções que deram entrada em Maio e Junho deste ano.

### *O Internamento previsto no artigo 148.º do Código Civil*

O internamento do acompanhado depende de autorização expressa do tribunal.

*Que tipo de internamento é este?* Não será certamente o do internamento compulsivo da Lei de Saúde Mental, o qual depende da verificação cumulativa dos requisitos estabelecidos no artigo 12.º da Lei n.º 36/98 de 24/07, ou seja, a existência de anomalia psíquica grave, a prática de actos que criem perigo para bens jurídicos de relevante valor próprios ou alheios de natureza pessoal ou patrimonial e a recusa de submissão a tratamento médico.

*Qual a razão de ser desta norma?* O legislador deveria ter concretizado e definido o tipo de internamento que depende de autorização do tribunal. Exemplo: se um familiar que foi nomeado acompanhante deixou de ter condições para cuidar deste e pretender colocá-lo num lar ou numa instituição porque aí ele será melhor acompanhado, isto é um internamento? Parece-me que não, à partida, porque podemos integrar este acto no âmbito das funções e deveres do acompanhante decorrentes do artigo 146.º (privilegiar o bem-estar e a recuperação do acompanhado).

### *A competência internacional dos tribunais portugueses*

Serão os tribunais judiciais portugueses competentes internacionalmente para aplicar medidas de acompanhamento de cidadãos estrangeiros que se encontrem em território nacional?

A questão foi suscitada num processo de acompanhamento de maior instaurado pelo MP no tribunal de Leiria relativo a um cidadão de nacionalidade ucraniana que reside com os pais, também de nacionalidade ucraniana, desde há vários anos, em Portugal.

De acordo com o artigo 5.º n.º 1 da Convenção Relativa à Protecção Internacional de Adultos de que o Estado Português é signatário publicada no Diário da República, 1.ª série, n.º 116, de 19/06/2014, “As autoridades judiciárias ou administrativas do Estado Contratante onde o adulto tem a sua residência habitual são competentes para adotar medidas tendentes à protecção da pessoa ou dos bens do adulto.”

Nessa conformidade, e porque as medidas de protecção do adulto estrangeiro só poderão tornar-se efectivas se a acção judicial for proposta em Portugal, também nos termos do artigo 62.º al. c) do Código de Processo Civil, os tribunais portugueses serão competentes internacionalmente.

# ACOMPANHAMENTO DE MAIORES: A CENTRALIDADE DO MAIOR ACOMPANHADO

[https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia\\_psiquica/6](https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia_psiquica/6)

*Mafalda Miranda Barbosa*

Professora FDUC

Investigadora do IJ

## 1. Introdução

A lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, veio revogar os institutos da interdição e da inabilitação e consagrar o regime do acompanhamento de maiores. Antes da sua entrada em vigor, há cerca de dez meses, os portadores de uma anomalia psíquica, os surdos-mudos, os cegos, os pródigos, os que consumissem abusivamente bebidas alcoólicas ou estupefacientes podiam ser, no termo de um processo (de interdição ou de inabilitação, consoante os fundamentos e, no caso de dizerem respeito a ambas as incapacidades, consoante a gravidade dos mesmos), considerados incapazes de exercício de direitos ou ver a sua capacidade limitada, em ambos os casos para proteção dos próprios. A regra, agora, é a da capacidade de exercício de todos os que sejam maiores de dezoito anos, não se admitindo situações genéricas de incapacidade a partir do momento em que o sujeito atinge a maioridade.

Tal não equivale, no entanto, a uma falta de proteção da pessoa. Prevêem-se medidas de acompanhamento que visam garantir



a salvaguarda dos interesses dos sujeitos em questão, quando se mostrem impossibilitados, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de cumprir os seus deveres. Mas há uma inversão dos termos da equação: da incapacidade passamos para a capacidade. E se podemos concluir que, afinal, o acompanhamento de maiores pode redundar na total incapacitação do sujeito, a *revolução copernicana* a que se assiste não pode deixar de ter consequências dogmáticas que se traduzem na modelação do próprio regime.

Contudo, se as diferenças, do puro ponto de vista teórico, são claras, importa, também, tentar perceber se elas são ou não evidentes no momento da decisão judicativa. Uma resposta definitiva a este problema só poderá ser alcançada pela análise da nossa jurisprudência em matéria de acompanhamento de maiores. Esta é, porém, uma tarefa só totalmente concretizável a médio-longo prazo, atento o tempo de tramitação processual. Decidimos, porém, antecipar algumas conclusões, mobilizando, para tanto, o acervo judicativo já disponível a este propósito. A centralidade da pessoa do maior acompanhado torna-se, então, evidente.

## 2. Os fundamentos das medidas de acompanhamento

São dois os requisitos para que possa ser decretado o acompanhamento, um de ordem subjetiva e outro de ordem objetiva.

No que ao primeiro respeita, haveremos de considerar *a impossibilidade de exercer plena, pessoal e conscientemente os direitos ou cumprir os deveres*. Em causa está, portanto, a possibilidade de o sujeito formar a sua vontade de um modo natural e são. Por um lado, há de ter as capacidades intelectuais que lhe permitam compreender o alcance do ato que vai praticar quando exerce o seu direito ou cumpre o seu dever. Por outro lado, há de ter o suficiente domínio da vontade que lhe garanta que determinará o seu comportamento de acordo com o pré-entendimento da situação concreta que tenha<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Pode não ter tal domínio da vontade porque ela está fragilizada ou porque não consegue torna-la atuante. Pense-se, por exemplo, na situação de um tetraplégico ou de uma pessoa que, sofrendo de uma atrofia muscular que não o afeta intelectualmente, não consegue pôr em marcha a sua vontade, de modo que dela

Em suma, trata-se da possibilidade de o sujeito se autodeterminar, no que respeita ao exercício dos seus direitos e ao cumprimento dos seus deveres. A lei prescinde agora dos requisitos da habitualidade, permanência e durabilidade e permite que o acompanhamento seja decretado em relação a um especial domínio da vida do beneficiário e a situações transitórias. Pense-se, por exemplo, no internamento subsequente a um acidente, tratamento ou intervenção cirúrgica, que deixa a pessoa impossibilitada de exercer os seus direitos por um período de tempo relativamente curto. Mas continua a exigir-se uma certa constância, até porque o acompanhamento só será decretado quando não seja possível alcançar as finalidades que com ele se prosseguem através de deveres gerais de cooperação e assistência

Quanto ao requisito de índole objetiva, exige-se que a impossibilidade para exercer os direitos ou cumprir os deveres se funde em *razões de saúde, numa deficiência ou no comportamento do beneficiário*. Novamente, a formulação afigura-se ampla, dando margem ao julgador para cumprir as finalidades normativas do regime em função das especificidades dos casos com que se depare. A jurisprudência terá, estamos seguros disso, um papel fundamental na densificação deste tríptico de fundamentos. Mas, enquanto os Tribunais (*maxime* os Tribunais superiores) não se pronunciarem judicativamente sobre estas questões, cabe à doutrina ensaiar algumas respostas. Para tanto, será fundamental quer o conhecimento da base sociológica que subjaz à disciplina jurídica em apreço, quer do quadro regulativo anterior.

Nas razões de saúde integram-se quer as patologias de ordem física, quer as patologias de ordem psíquica e mental. Parece, portanto, haver um alargamento em relação ao quadro de fundamentos das interdições e inabilitações, não se ficando preso a uma ideia estrita de anomalia psíquica. Já no que respeita à deficiência, integram-se na previsão normativa os cegos e os surdos-mudos, a que já se referia o anterior regime das interdições e inabilitações, tal como se integram as deficiências mentais, aí também contempladas. Fundamental é que a deficiência limite o desempenho do sujeito em termos volitivos e/ou cognitivos. Serão, por isso, residuais as situações de cegueira ou surdez-mudez que possam fundar

---

se poderá dizer que não tem o domínio da vontade que lhe permita determinar o seu comportamento de acordo com o seu entendimento.

o regime do acompanhamento, na medida em que dificilmente determinarão a limitação da possibilidade de exercer direitos e cumprir deveres, o que não significa que sejam inexistentes. Finalmente, no tocante ao segmento *pelo seu comportamento*, se dúvidas parece não haver quanto à possibilidade de, por essa via, se contemplarem os casos de comportamento pródigo, comportamento condicionado pelo abuso de bebidas alcoólicas e estupefacientes, hesita-se em saber se o regime se queda nestas hipóteses ou se permite que outros comportamentos inviabilizadores do exercício de direitos e do cumprimento de deveres possam ser tidos em conta para efeitos de decretamento do acompanhamento. Ora, como não estamos balizados, na tarefa interpretativa, por um princípio de tipicidade que limite a autónoma constituição normativa, parece que podemos ir, orientados por este critério-guia, além das hipóteses clássicas de prodigalidade, de consumo de bebidas alcoólicas e de estupefacientes. Fundamental é que o comportamento concreto se repercuta na impossibilidade de exercer direitos e cumprir deveres, isto é, que o comportamento seja causa, em concreto, pelo menos num domínio específico da vida, da falta de autodeterminação da pessoa. Pense-se por exemplo no sujeito A que é viciado em jogo, condicionando a gestão dos seus interesses patrimoniais por causa dessa adição, que curiosamente talvez já pudesse ser assimilado, outrora, pelo âmbito de relevância da inabilitação, atenta a insusceptibilidade metodologicamente comprovada de se dar cumprimento à proibição de aplicação analógica de normas excepcionais (por não ser possível cindir a interpretação da analogia e por a interpretação extensiva ser, afinal, um resultado interpretativo a desconsiderar, substituindo-se pela extensão teleológica que é, em si mesmo, analogia)<sup>2</sup>. Mas pense-se também no caso decidido pelo Ac. STJ de 29 de abril de 2003<sup>3</sup>, no qual estavam em causa um défice cultural evidente determinado por uma vida dedicada à pastorícia e gerador de dificuldades óbvias de atuação no tráfico negocial. Se outrora foi recusada (e bem) a

---

<sup>2</sup> Para uma consideração da eventual possibilidade de, no quadro do anterior regime da inabilitação, se poder chegar a uma solução próxima, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Maiores acompanhados. Primeiras notas depois da aprovação da Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto*, GestLegal, 2018, 9 s. Sobre a questão metodológica tratada em texto, cf. A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

<sup>3</sup> Proc. n.º 03A2745, relator Faria Antunes.

inabilitação, podemos agora pensar que, se o défice cultural tiver sido causado por um comportamento do próprio sujeito, é plausível pensar-se no acompanhamento a este propósito.

O caso conta-se em poucas palavras. A propôs ação especial de interdição contra sua irmã B, pedindo que se decrete a interdição desta, ou, na hipótese de se considerar mais adequada, a sua inabilitação, por anomalia psíquica, alegando que a requerida é incapaz de governar a sua pessoa e bens, estando o seu estado de saúde mental a agravar-se. A ação foi julgada improcedente. O quadro factual resume a poucos dados: B não conhece o dinheiro, não sabe ler nem escrever, não sabe ler as horas; vive numa casa que se encontra em ruínas e sem telha, envolta em silvas. Nunca frequentou a escola, tendo-se dedicado a vida toda à pastorícia. Amanha as terras e apascenta o gado, como qualquer outro pastor, come sozinha, veste-se de acordo com o seu gosto e o seu costume, escolhendo as suas próprias roupas, faz as suas próprias compras nos estabelecimentos da freguesia, designadamente no da povoação onde reside, embora, normalmente, não seja ela a efetuar os respetivos pagamentos, por não conhecer o dinheiro. É recenseada e exerce o seu direito de voto sem qualquer acompanhamento, vai à missa, vai à campa de seus pais e encomenda missas sem necessidade de guia. Embora não saiba ler as horas, sabe as horas das refeições e do recolher, conhece os dias da semana; e, apesar de não distinguir o valor das notas e moedas, não esbanja o dinheiro, guarda-o e dá-o a guardar. Conclui, assim, o Supremo Tribunal de Justiça que «do que se trata, *in casu*, (...) não é de um caso de anomalia psíquica, mas de um caso de enorme défice cultural da recorrida, fruto do seu anterior *modus vivendi*, bem espelhado nos autos e paupérrimo em possibilidades de aquisição de conhecimentos (levou uma vida dedicada à pastorícia, e ao amanho da terra, de manhã à noite)», pelo que não estão reunidos os requisitos da interdição ou da inabilitação. Ora, independentemente de o comprometimento do funcionamento adaptativo (nomeadamente dos domínios conceptual e prático) e da capacidade intelectual global terem como causa uma patologia de base ou um *modus vivendi* (um comportamento) do maior, o certo é que o sujeito se mostra incapaz, em concreto, de conduzir a sua vida em condições de dignidade mínima, designadamente habitacional. Significa isto que, se pode não se justificar a interdição, e se a inabilitação se pode afigurar demasiado restritiva, podem ser decretadas,

ainda assim, medidas concretas que a auxiliem no exercício dos seus direitos. Simplesmente, tendo em conta uma ideia de subsidiariedade, elas só fazem sentido se os objetivos prosseguidos com tais medidas se mostrarem garantidos através dos deveres gerais de cooperação e assistência que caibam no caso, de acordo com o artigo 140.º/2 cc. Ora, no caso, poderia estar em causa – por parte da irmã que requer a medida de interdição/inabilitação (ao abrigo do regime anterior e que, atualmente, requeria o acompanhamento) – a necessidade de cumprir uma obrigação de alimentos, nos termos do artigo 2009.º cc. Tudo dependeria, portanto, de saber em que medida o que estava em causa seria apenas a incapacidade da maior de se aperceber da degradação das suas condições de vida e/ou prover pela sua melhoria ou, ao invés, uma ineptidão mais alargada para agir no tráfego negocial, mostrando-se impedida – pelas suas condições de vida anteriores, indiciadoras ou não de uma patologia associada – de realizar negócios que ultrapassassem os atos de vida corrente.

Na determinação do âmbito de relevância do acompanhamento, haveremos de ter em conta uma outra ideia. Visando assegurar o bem-estar e a recuperação do maior, garantir o pleno exercício dos seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, a medida de acompanhamento só é decretada quando as finalidades que com ela se prosseguem não sejam garantidas através dos deveres gerais de cooperação e assistência, o que significa que, independentemente da verificação dos requisitos subjetivo e objetivo da medida de acompanhamento, pode não se justificar normativamente a nomeação de um acompanhante. Além disso, as medidas de acompanhamento são determinadas pelo juiz em função das necessidades concretas do sujeito, consagrando-se um *princípio de necessidade*, nos termos do artigo 145.º cc.

Acresce que, porque a ideia não é incapacitar o sujeito, mas auxiliá-lo, dando-lhe o apoio necessário, para que exerça na plenitude a sua capacidade jurídica, o intérprete deixa de estar preso a uma lógica de taxatividade, o que torna viável uma maior flexibilidade. Além do mais, o acompanhamento é decretado a pedido do beneficiário ou mediante sua autorização. Assim sendo, o julgador poderá ser menos restritivo. E se é verdade que, em situações residuais, a mencionada autorização pode ser suprida pelo tribunal e que, noutras, o Ministério Público pode requerer o acompanhamento

independentemente de autorização, então, haveremos de reservar para essas hipóteses um maior rigor no controlo dos fundamentos da adoção da medida. Institui-se, portanto, um sistema móvel, em que a falta de manifestação de vontade por parte do acompanhado deve ser compensada por uma maior exigência na verificação dos requisitos que se analisam neste ponto expositivo.

Como bem se compreenderá, o juiz passa agora a estar mais onerado na sua tarefa judicativa. Com efeito, se é certo que não se vê enredado na necessidade de discutir – em termos jurídicos, mas com apelo a dados médicos – o que é uma anomalia psíquica<sup>4</sup>, não é menos seguro que, partindo das concretas patologias que o sujeito evidencia ou do tipo de comportamento por si levado a cabo, terá de determinar a específica repercussão que elas possam ter na possibilidade de exercer plena, pessoal e conscientemente os direitos ou cumprir os corresponsivos deveres. Ora, esta tarefa – a implicar uma ligação íntima entre os dois requisitos anunciados – pressupõe, como não poderá deixar de ser, um diálogo entre o mundo da juridicidade e a ciência médica. Os peritos médicos passam a ter um papel ainda mais importante nos processos de acompanhamento de maiores, de molde a poderem determinar se as inabilidades demonstradas pelas pessoas podem ou não ser determinadas pelas patologias diagnosticadas. A conexão impõe-se como central, já que é ela que garantirá a verificação dos pressupostos que o legislador estabeleceu a este nível.

Nessa medida, requer-se um diálogo a duas vozes. Os juristas – e mais especificamente os juízes – deverão saber em que medida uma qualquer razão de saúde ou deficiência, seja ela física ou mental, condicionam a esfera de autodeterminação do sujeito; os médicos têm de ter presente que o que se procura é descobrir o impacto que uma patologia ou um comportamento possam ter na dimensão cognitiva e volitiva do indivíduo.

Todas estas ideias devem ser concretizadas por referência ao caso *decidendum*. Nessa medida, impõe-se que, em concreto, o perito médico se pronuncie respondendo de forma clara à questão: a

---

<sup>4</sup> Note-se, porém, que a doutrina e a jurisprudência evidenciam que a anomalia psíquica não devia ser entendida em sentido estrito, não se tendo de restringir ao conceito homólogo de matriz clínico-psiquiátrica. Incluir-se-iam na anomalia psíquica, compreendida em termos amplos, quer as deficiências de intelecto, de entendimento ou discernimento, quer as deficiências de vontade, da afetividade ou da sensibilidade.

patologia x, diagnosticada e certificada, influencia ou não uma diminuição da capacidade cognitiva e/ou volitiva do sujeito, ao ponto de se poder dizer que não consegue exercer plena, pessoal e conscientemente os seus direitos e exercer os seus deveres?

Repare-se que, consoante a doutrina já esclarecia na vigência do regime da interdição e da inabilitação, não se procura um conceito psiquiátrico ou simplesmente médico, mas um conceito prático-social<sup>5</sup>. Simplesmente, em face da abertura legal importa saber em que medida uma determinada patologia determina uma diminuição prático-social das aptidões do sujeito e em que medida.

Não obstante, o Tribunal da Relação do Porto, no Acórdão de 26 de setembro de 2019<sup>6</sup>, veio considerar que , porque «a medida de acompanhamento de uma pessoa maior só se justifica quando esta revelar uma *inaptidão básica para autogovernar e autodeterminar a sua vida*, tanto pessoal, como patrimonial, existindo fatores que, de um modo global ou particular, reduzem ou eliminam a voluntariedade e consciência dos seus atos, em função dos seus juízos de capacidade, os quais devem ser aferidos em concreto e não em abstrato», o tribunal «deve partir de um critério realista da capacidade natural na formação da livre vontade da pessoa que vier a beneficiar das medidas de apoio, mormente da sua capacidade mental e da heterogeneidade desta, mas *não de critérios abstratos e ficcionados a partir de modelos estanques, como são aqueles que resultam de modelos exclusivamente médicos*».

Em causa estava uma senhora que padecia de uma demência senil, de etiologia predominantemente neurodegenerativa, no estado inicial, tendo sido contra ela proposta uma ação de interdição em 2017. No âmbito do processo, os peritos médicos concluíram que «a interditanda mostrou à observação sintomatologia compatível com o diagnóstico de demência senil, de etiologia predominantemente neurodegenerativa, no estágio inicial; e que, por força desta afeição, que é insidiosa, progressiva e irreversível, e cuja cura está para além das possibilidades da medicina atual, está incapaz de administrar convenientemente o seu património pelo que deve ser inabilitada». Posteriormente, por força da entrada em vigor da Lei n.º 49/2018,

<sup>5</sup> Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídico Civil*, II, Coimbra: Almedina, 1992, 82 s.

<sup>6</sup> Proc. n.º13569/17.IT8PRT.PI, relator Joaquim Correia Gomes.

foi determinado que se notificassem as partes no processo para que se pronunciassem sobre as medidas de acompanhamento. A primitiva ação que apontava para a inabilitação convolou-se, assim, numa ação de acompanhamento de maiores, tendo sido decretada a medida de representação geral, nos termos do artigo 145.º/2, a) CC, ao mesmo tempo que se determinou a incapacidade para testar, para efeitos do artigo 2189.º/b) CC.

A sentença de que assim se dá conta, e que foi objeto de recurso, não deixa de causar alguma estranheza. Se, de acordo com os relatórios dos peritos médicos, as debilidades do sujeito não eram de molde a determinar uma incapacidade tão grave como a interdição, estranha-se que, no quadro do acompanhamento de maiores, a medida decretada seja a representação geral. Por outro lado, a sentença orientou-se exclusivamente pelos aspetos patrimoniais, omitindo qualquer referência ao exercício de direitos pessoais.

Nessa medida, tem razão a Relação do Porto quando diz que o juízo de capacidade ou incapacidade deve ser proferido em concreto e não em abstrato. Isto é, deve partir-se da concreta capacidade do sujeito, das suas particulares idiossincrasias, para se determinar se é ou não necessário lançar mão de uma medida de acompanhamento e, posteriormente, como é que ela deve ser modelada. Não basta, na verdade, que seja detetada uma patologia do ponto de vista médico para que aquela possa ter lugar. Mesmo na vigência dos anteriores regimes da interdição e da inabilitação, não bastava a verificação de um dos fundamentos taxativamente previstos: para além da sua durabilidade e habitualidade – requisitos de que agora se prescinde –, era necessário que a anomalia psíquica, a surdez-mudez ou a cegueira afetassem a possibilidade de reger a pessoa e bens ou, unicamente, a possibilidade de reger os bens. E o mesmo se exigia no tocante ao consumo excessivo e habitual de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes e à prodigalidade. Exige-se, hoje, que a saúde, a deficiência ou o comportamento do sujeito determinem a impossibilidade de exercer plena, pessoal e conscientemente os direitos ou cumprir os deveres. E é essa impossibilidade que tem de ser analisada concretamente, não podendo resultar de uma mera pressuposição teórica em função dos dados científicos.

Esta conclusão – para a qual somos também conduzidos pelo Acórdão da Relação do Porto citado – não nos pode levar, sem mais, a afirmar que bastaria a verificação de uma incapacidade funcional



do sujeito para este pudesse ser objeto de uma medida de acompanhamento. Não obstante a abertura do novo regime no tocante aos requisitos de aplicação das medidas em causa, impõe-se uma conexão entre a impossibilidade para exercer os direitos de modo pleno, pessoal e consciente e os fundamentos objetivos do acompanhamento. E é nesse ponto que, como referido anteriormente, se pode tornar essencial o apoio nos conhecimentos de outros ramos do saber. O que não significa que nos quedamos numa perspetiva abstrata e formal, que não teria em conta as especificidades daquele sujeito em particular.

### 3. O conteúdo do acompanhamento de maiores

O alargamento dos fundamentos do acompanhamento de maiores é compensado pela menor rigidez do conteúdo desse mesmo acompanhamento. Este conteúdo não está definido *a priori* e não decorre automaticamente da lei. Pode ir de um mínimo a um máximo, mas, em todo o caso, é o juiz que determina em concreto, em função das necessidades particulares do sujeito, a sua modelação. O acompanhamento corresponde, na expressão de Pinto Monteiro, a um *fato à medida*<sup>7</sup> e, assim sendo, o desenho concreto que conheça fica dependente das necessidades específicas do acompanhado.

Inultrapassável é, com efeito, a regra segundo a qual o acompanhamento se deve limitar ao necessário. Orientado por este padrão de necessidade, o Tribunal pode atribuir ao acompanhante um ou vários poderes, consoante o que seja requerido pela concreta situação do acompanhado, fazendo, assim, intervir diversos regimes jurídicos. Entre as funções que se podem atribuir ao acompanhante, destacam-se, nos termos do artigo 145.º/2 cc, o exercício das responsabilidades parentais ou dos meios de as suprir; a representação geral ou especial, com indicação expressa, neste caso, das categorias de atos para que seja necessária; a administração total ou parcial de

---

<sup>7</sup> A. Pinto MONTEIRO, “O Código Civil Português entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 146/4002 (2017). No mesmo sentido, cf. A. Menezes CORDEIRO, “Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores”, 542.

bens; a autorização prévia para a prática de determinados atos ou categorias de atos; intervenções de outro tipo.

Significa isto que as situações de acompanhamento podem ser muito díspares, incluindo situações de assistência ou de representação, que pode chegar a ser genérica.

Mesmo nesses casos, o acompanhado conserva, em regra, a capacidade para a celebração de negócios da vida corrente (negócios que a generalidade das pessoas celebra ou para satisfação das necessidades do dia-a-dia ou para satisfação de necessidades que, ultrapassando o quotidiano, fazem ainda parte do ordinário da vida), nos termos do artigo 147.º/1 CC, bem como continua a ter capacidade de exercício no tocante a direitos pessoais, embora a decisão judicial ou a lei possam determinar a exclusão da capacidade nestes casos.

O n.º 2 do artigo 147.º CC oferece um elenco exemplificativo de direitos pessoais: direito de casar, de constituir uma união de facto, de procriar, de perfilhar, de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher a profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar. Quanto a estes direitos de natureza pessoal, há a destacar duas notas. Em primeiro lugar, há mais direitos pessoais do que aqueles que são referidos pelo legislador no citado artigo 147.º/2 CC. Em rigor, todos os direitos de personalidade podem ser qualificados como direitos pessoais, o que significa que, por norma, a limitação voluntária destes direitos pode ser exercida livremente pelo acompanhado, exceto se a decisão judicial decretar o contrário ou a lei dispuser de outro modo. Em segundo lugar, importa ter em conta os artigos 1601.º, 1850.º e 2189.º CC. Referindo-se a direitos previstos no citado n.º 2 do artigo 147.º CC, e lidando com a capacidade de gozo de direitos, as alterações verificadas nas respetivas normas permitem-nos dizer que a reforma introduzida pela Lei n.º 49/2018 também alargou a própria capacidade de gozo dos sujeitos. É que, enquanto no anterior regime a previsão era, genericamente, a da incapacidade para testar dos interditos por anomalia psíquica, da incapacidade para perfilhar dos interditos por anomalia psíquica, e a incapacidade para casar dos interditos e inabilitados por anomalia psíquica, agora a incapacidade só existe se for decretada na sentença que estabelece o

acompanhamento, isto é, passa a depender da concreta perturbação (e da específica valoração que o juiz dela faça) do acompanhado<sup>8</sup>.

O julgador será, portanto, onerado com uma ponderação sempre difícil também a jusante, isto é, depois da decisão acerca da necessidade de aplicação de uma medida de acompanhamento, já que o conteúdo da medida de acompanhamento será determinado em face das reais e específicas necessidades que aquele sujeito denote. É neste ponto que a intervenção do perito médico se pode justificar novamente, talvez com um caráter ainda mais premente. Cabe-lhe, orientado pelos quesitos formulados pelo julgador, explicitar qual a repercussão que a patologia ou o comportamento determinante da limitação cognitiva ou volitiva podem ter ao nível da possibilidade de celebrar negócios de mera administração e/ou de disposição e, dentro destes, dos específicos tipos contratuais que podem ser mobilizados.

Simplesmente, o juízo médico não pode, nem deve substituir a ponderação judicativa que tem de ter lugar. O citado acórdão da Relação do Porto de 26 de setembro de 2019 especifica que, estando em causa a aptidão funcional da capacidade jurídica e mental de uma pessoa, a avaliação do juiz deverá centrar-se na pessoa do beneficiário da medida, o que pressupõe que o julgador cumpra uma série de operações mentais: «realizar uma listagem das suas necessidades básicas, destringendo aquelas para as quais está apta a realizar, daquelas outras que denota algumas limitações; estabelecer as prioridades de intervenção; elencar os recursos pessoais e patrimoniais disponíveis; avaliar as alternativas de intervenção não jurisdicionais existentes; respeitar os desejos e vontades manifestados pela pessoa a ser acompanhada».

É por meio delas que o julgador acederá aos exatos contornos da incapacidade natural do sujeito e que poderá determinar o âmbito do acompanhamento que venha a ser decretado. Note-se que, nesta formulação, leva-se ínsito não só o princípio da necessidade e da subsidiariedade, como também o princípio do respeito pela autonomia e vontade do acompanhado.

---

<sup>8</sup> Note-se, porém, que a demência notória é fundamento de incapacidade para casar, nos termos da al. *b*) do artigo 1601.º cc, mesmo durante os intervalos lúcidos; e a demência que é fundamento de incapacidade para perflhar, se notória, no momento da perflhação (artigo 1850.º).

Porém, contra o que poderia ser pensado *prima facie*, esta exigência deve ser entendida num duplo sentido. Dito de outro modo, se a consideração das particulares debilidades funcionais do lesado é fundamental para não lhe ser imposta uma medida de acompanhamento mais gravosa do que o necessário, torna-se também fulcral para decidir em que termos se deve ou não manter a sua capacidade para a prática de atos da vida corrente, por um lado, e, por outro lado, para o exercício de direitos pessoais e quais. É que, como referido *supra*, mesmo quando seja aplicada uma medida de representação geral, o acompanhado mantém incólume a sua capacidade a esses dois níveis.

No que respeita aos negócios da vida corrente, sempre se poderá pensar que a solução é a mais consentânea até com a mais grave determinação do acompanhamento. Na verdade, o artigo 127.º CC, que antes da aprovação da Lei n.º 49/2018 também se aplicava aos incapazes maiores, refere-se à categoria na alínea *b)* do n.º 1, que considera que são excecionalmente válidos “os negócios jurídicos da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância”. Tratando-se de um menor e da interpretação do citado artigo 127.º/1 *b)* CC, são três os requisitos de validade dos negócios celebrados pelo menor: o negócio tem de dizer respeito à vida corrente do menor; o negócio tem de estar ao alcance da capacidade natural (entendimento e vontade) do menor; o negócio apenas pode implicar despesas ou disposição de bens de pequena importância. Quanto a este último requisito, a doutrina não é unânime: alguns autores sustentam que se deve aferir da pequena ou grande importância das despesas tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e a capacidade financeira do menor e do seu agregado familiar<sup>9</sup>; outros defendem que a determinação do requisito deve ser feita de acordo com critérios objetivos e absolutos<sup>10</sup>. Independentemente do

<sup>9</sup> Nesse sentido, cf. Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010 135; Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, Coimbra, 2004, polic., 10, nota 13.

<sup>10</sup> Cf. Raul GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, 6, 2005, 39. Repare-se que o autor considera que é necessário ter em conta as circunstâncias do caso concreto. Na verdade, “um critério objetivo, obedecendo ao entendimento normal no tráfico jurídico, pode não se mostrar tão eficaz na proteção do

melhor posicionamento na matéria, a verdade é que o pressuposto estará sempre balizado pela ideia de vida corrente do menor, ou seja, pela ideia do que é habitual e comum a um menor naquelas circunstâncias<sup>11</sup> e pela possibilidade de o menor, pela sua capacidade natural, entender o alcance do negócio e conseguir determinar-se por esse entendimento. Verdadeiramente, os dois últimos requisitos analisados complementam-se, embora não se confundam, já que, se um ato que esteja ao abrigo da capacidade natural do menor pode não ser um ato da vida corrente, dificilmente este não estará integrado naquela capacidade. Isso mesmo se percebe na explicitação que Luís Carvalho Fernandes faz da noção de negócio da vida corrente do menor. Diz-nos o autor que se tratam dos “negócios que a generalidade das pessoas normalmente celebra, para satisfação das exigências normais do dia-a-dia da vida em sociedade”<sup>12</sup>. Não cremos, porém, que tenhamos de estabelecer uma perfeita equivalência entre a noção de negócio da vida corrente e negócio do quotidiano. Atentas as particularidades do caso, podemos considerar que são negócios da vida corrente de um menor aqueles que um menor, naquelas circunstâncias, celebraria, mesmo que não se reconduza ao seu dia-a-dia. Assim, por exemplo, parece ser de considerar válido o negócio de compra e venda de um bilhete que o menor adquire para assistir a um concerto. Estes dados mais ou menos sedimentados na doutrina e jurisprudência devem ser aproveitados pelo jurista para interpretar o novo artigo 147.º/1 cc. Os negócios da vida corrente são, portanto, os negócios que a generalidade das pessoas celebra ou para satisfação das necessidades do dia-a-dia ou para satisfação de necessidades que, ultrapassando o quotidiano, fazem ainda

---

menor (notar-se-á a este propósito que no direito alemão, no § 105a BGB, onde os pressupostos da eficácia dos negócios da vida corrente do menor são entendidos de maneira objetiva, se excluem as situações onde exista perigo relevante para a pessoa ou património daquele)”.

Contudo, no que respeita à consideração da situação económica e social, rejeita tal hipótese, por resultar daí uma diferença de tratamento inadmissível entre um menor com um amplo património e um menor com um património diminuto.

Veja-se, ainda, nesta corrente, Luís Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 2.ª ed., Lisboa: Lex, 1995, 223.

<sup>11</sup> Cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 10, nota 11.

<sup>12</sup> Luís Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 223.

parte do ordinário da vida. Há, contudo, algumas diferenças que devemos assinalar entre as duas normas. Anteriormente, o sujeito privado da sua capacidade de exercício poderia celebrar negócios da vida corrente, desde que ao abrigo da sua capacidade natural, e desde que os bens assumissem pequena importância. Não se exige, agora, o requisito da capacidade natural, nem se faz referência ao valor envolvido no negócio, pelo que há que reconhecer que o juiz em concreto pode excluir da capacidade de exercício do sujeito a celebração deste tipo de negócios.

No tocante aos direitos de natureza pessoal, importa recordar que a limitação da capacidade de gozo não existia para todos os interditos e inabilitados: os inabilitados mantinham a capacidade de exercício no tocante à esfera pessoal (uma vez que apenas se mostravam impossibilitados de reger os seus bens), os interditos podiam, se justificado, exercer alguns direitos pessoais (numa flexibilização que era obtida por via de uma mobilização adaptativa do artigo 127.º CC, que aliás continua a ser defendida para o caso dos menores). Estas são, porventura, as situações em que, de facto, se justificaria a atuação do sujeito. Fora delas, pensar na capacidade talvez implique ficcionar uma capacidade que não existe, desprotegendo o sujeito. Mas, se assim é, então, talvez se vá constatar uma coincidência prática entre as soluções que eram viabilizadas no passado e aquelas que chegaremos agora se o juiz, em concreto, limitar a capacidade. Fundamental é, portanto, que o julgador tenha consciência, pelo exercício que se propõe, e que é especificado ao nível da nossa jurisprudência, da necessidade de ponderar caso a caso acerca da possibilidade de exercício autónomo dos diversos direitos de natureza pessoal.

Neste âmbito, porque o exercício dos direitos de personalidade está umbilicalmente ligado à pessoa (a não ser que em causa esteja a limitação voluntária desses direitos ou a sua defesa em face da agressão de terceiros), pode, porém, suceder que o juiz não limite o seu exercício em concreto, sobretudo quando em causa esteja a simples liberdade genérica de ação, o que, contrariamente ao que ocorreria no quadro dos regimes anteriores, pode conduzir à necessidade de repensar o âmbito do próprio artigo 491.º CC e da responsabilidade que, por via do preceito, pode ser assacada a quem tenha o dever de vigilância sobre o naturalmente incapaz. É que mesmo não se confundindo o naturalmente incapaz com o incapaz de exercício de

direitos, há situações em que, porque o sujeito reclamará a sua liberdade de movimentos ou de ação, o âmbito de um eventual dever de vigilância se pode reduzir.

A ponderação das especificidades da incapacidade funcional demonstrada pelo beneficiário da medida de acompanhamento é, ainda, necessária para a determinação do acompanhante. Como sublinha o citado Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de setembro de 2019, «a designação judicial do(s) acompanhante(s) deve estar igualmente centrada na pessoa maior que em concreto, e não em abstrato, vai ser legalmente acompanhada, concluindo-se que aquela está em melhor posição para assumir as funções de acompanhamento legal, o que passa por: (i) assegurar as medidas de apoio que foram determinadas pelo tribunal; (ii) prestar-lhe os cuidados devidos, atento o respetivo contexto pessoal, social e ambiental; (iii) participar juridicamente na representação legal determinada pelo tribunal; (iv) assegurar em todos os domínios a vontade e os desejos da pessoa acompanhada, tanto a nível pessoal, como patrimonial, que não foram judicialmente reservados ou restringidas». Significa isto que a escolha do acompanhante, mais do que seguir a ordenação constante do artigo 143.º/2 CC, deve atender ao critério da salvaguarda do interesse imperioso do beneficiário, caso não seja possível orientá-la pela vontade expressa do acompanhado ou do seu representante legal, nos termos do n.º 1 do mencionado preceito.

O conteúdo do acompanhamento pode, portanto, ser muito variável. E se, em muitas situações, poderemos chegar a soluções próximas àquelas a que seríamos conduzidos pelos anteriores regimes da interdição e da inabilitação, o certo é que essa solução será desenhada à luz das especificidades do caso concreto. É essa a pedra de toque do novo regime, que se torna assim mais flexível para o maior e mais oneroso para o julgador, sem desprimor para as soluções de flexibilidade a que poderíamos ser conduzidos quer pelo artigo 127.º CC, quer pelo regime da inabilitação.

Pense-se, por exemplo, no interessante caso relatado e decidido no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de novembro de 2015<sup>13</sup>. Tinha sido proposta contra A uma ação de inabilitação, com base numa anomalia psíquica permanente de que padece – psicose maníaco depressiva grave/doença bipolar, determinante da

<sup>13</sup> Proc. n.º 63/2000.CI.SI, relator Silva Gonçalves.

impossibilidade de reger por si só a sua pessoa e bens. A encontrava-se, à data dos autos, reformado por causa da sua doença mental, não exercendo qualquer atividade empresarial ou de mera gestão corrente há mais de 20 anos, e sendo submetido a diversos períodos de internamento, com a progressiva deterioração das suas capacidades intelectuais e cognitivas. Em períodos de crise psíquica, A comportava-se como um benemérito, demonstrando, entre outros, o desejo de doar um terreno com 7000 m<sup>2</sup> a um clube desportivo, desejo de doar a sua quota numa sociedade, de casar com a sua companheira em Albufeira, de fazer doações em numerário aos seus sobrinhos, de doar apartamentos aos sobrinhos netos, de doar um jipe a cada um dos seus funcionários, em número de 150 a 200 unidades, tendo redigido o respetivo contrato-promessa. Em suma, os requerentes alegaram que A não era um pródigo, mas que incorria, frequentemente, em excessos patrimoniais. Em contestação, A alegou que padece de uma doença de foro neurológico, hereditária, do tipo “psicose”, mas que isso não o impedindo de exercer de forma proveitosa e bem-sucedida a sua atividade industrial, não padecendo de uma anomalia psíquica impeditiva de reger a sua pessoa e bens. Além disso, a doença em questão não tem carácter permanente, manifestando-se com intervalos de muitos meses ou anos, nos quais recorre espontaneamente ao médico adequado que lhe prescreve a adequada medicação, a qual respeita escrupulosamente, com auxílio de terceiros. No mais, os períodos de internamento tiveram lugar por sua iniciativa, em momentos em que não tinha auxílio de terceiros, reconhecendo os sintomas iniciais da doença e, conseqüentemente, suspendendo qualquer atividade. Alegou, ainda que sempre foi contido nos seus gastos quotidianos. Procurava, apenas, seguir o exemplo do seu pai, um filantropo e benemérito, que após o 25 de Abril de 1974 ofereceu uma bicicleta a todos os seus funcionários, para além de outros atos solidários. Relativamente aos jipes, pretendia com eles recompensar os seus trabalhadores pelo seu esforço e dedicação, tratando-se de uma decisão ponderada ao longo do tempo. O tribunal de 1.<sup>a</sup> instância veio considerar improcedente a ação. Contudo, a Relação de Coimbra, por acórdão de 11-11-2014, reconheceu a existência de uma situação de incapacidade que justificaria a inabilitação por anomalia psíquica do requerido, retirando-lhe a possibilidade de praticar, por ato próprio e sem autorização de curador, atos de disposição de bens entre vivos, fixando-se



o início da incapacidade no ano de 1995. Tendo em conta que a anomalia psíquica «compreende qualquer perturbação das faculdades intelectuais ou intelectivas (afetando a inteligência, a percepção ou a memória) ou das faculdades volitivas (atinente quer à formação da vontade, quer à sua manifestação). Há enfermidades mentais nas quais o primeiro aspeto permanece suficientemente intacto, mas em que a componente volitiva surge alterada», e com base nos factos dados como provados, o STJ decidiu pela inabilitação do sujeito, considerando que «se é certo que houve atos de altruísmo que ele praticou e que são conformes aos usos sociais, por serem praticados por uma pessoa de avantajados réditos, também é verdade que, tomando na devida conta o valor do denunciado dispêndio afeto à doação dos “jeep Honda” a todos os trabalhadores das sociedades de que era sócio e que o requerido intentou concretizar, anotando nós a sequência temporal de todas estas dádivas, havemos de ajuizar que todos estes atos, de duvidosa filantropia, se entrecruzam numa movimentação de insanidade mental, a corporizar a avaliação de que o requerido sofreu de singular patologia mental que consubstancia anomalia psíquica a justificar a inabilitação». Na necessária transposição para o regime atualmente em vigor, o regime do acompanhamento de maiores, podemos concluir que os contornos da doença concretamente experienciada não têm de determinar uma absoluta incapacitação do sujeito, sequer a impossibilidade de por ato próprio e exclusivo praticar atos de disposição de bens. O que está em causa, na verdade, é a propensão do sujeito para, em momentos marcados pela euforia, celebrar negócios jurídicos que se podem revelar gravosos, pela sua natureza de liberalidade. Ao admitir-se, nas palavras de Pinto Monteiro, *um fato à medida*, aventa-se a hipótese de o juiz decretar a assistência do maior para a prática de negócios jurídicos de natureza gratuita, que não se possam qualificar como atos da vida corrente. Do ponto de vista pessoal, a consciência de que, em determinados períodos temporais de manifestação da doença, o sujeito necessita do auxílio de terceiros, designadamente para gerir a sua medicação, leva a questionar da possibilidade de serem decretadas medidas de outro tipo, adequadas à situação. É claro que com isto não se acautelam ulteriores formas de manifestação da doença. Por não se lidar com aspetos matemáticos e determinísticos da vida, nada garante que as manifestações de prodigalidade decorrentes da patologia que sofre não ocorram por referência a outros tipos

negociais. A ponderação que tem de ter lugar é se ao restringir-se o âmbito da medida de acompanhamento não estamos, com o intuito de salvaguardar o maior, a desprotegê-lo de algum modo. Tal ponderação deve ser levada a cabo, em concreto, pelo julgador, também atento o cenário de evolução dos fundamentos que determinam a sua aplicação. De todo o modo, a medida de acompanhamento será sempre sujeita a revisão posterior, nos termos do artigo 155.º cc.

#### **4. A proteção do acompanhado em face do acompanhante**

O novo regime do acompanhamento de maiores prevê mecanismos de salvaguarda do acompanhado em relação ao próprio acompanhante. Assim, depois de, nos termos do artigo 146.º cc, se determinar que o acompanhante deve privilegiar o bem-estar e a recuperação do acompanhado, atuando com a diligência exigida a um *bonus pater familias*, estabelecem-se regras, no artigo 150.º cc, para fazer face a eventuais conflitos de interesses.

O instituto orienta-se, como não poderia deixar de ser, pelo supremo interesse do acompanhado. Por isso, em caso de conflito de interesses, deve o acompanhante abster-se de agir ou, em caso de necessidade, solicitar ao Tribunal a autorização para a prática do ato. Caso não o faça, o negócio celebrado é considerado anulável, nos termos do artigo 261.º cc, por remissão do artigo 150.º/2 cc. Prevê-se no artigo 261.º cc a invalidade do negócio consigo mesmo. No seio da representação voluntária, o representante não pode celebrar, em nome do representado, negócios consigo mesmo, já que, dessa forma, acabaria por preterir o interesse de quem lhe havia outorgado poderes de representação. Comina-se, por isso, o negócio consigo mesmo com a anulabilidade, considerando-se, porém, que ele pode ser válido quando o representado haja especificamente consentido na celebração, ou quando, pela sua natureza, se exclua o conflito de interesses. O âmbito de relevância do artigo 150.º cc é mais amplo. Não está em causa a específica celebração de negócios jurídicos, mas qualquer forma de atuação que envolva um conflito de interesses. Em causa pode estar, por exemplo, a simples autorização para a celebração de um negócio pelo acompanhado. Por outro lado, a mobilização do regime do artigo 261.º cc requer algumas cautelas. De facto, quando lidamos com as exceções à anulabilidade

do negócio consigo mesmo, havemos de ter em conta que elas não podem ser automaticamente transpostas para o âmbito do acompanhamento. Em primeiro lugar, sempre que em causa esteja uma hipótese de representação pelo acompanhante, haveremos de considerar que não faz sentido falar do específico consentimento que possa ter sido prestado pelo acompanhado: é que nessa hipótese, ao contrário do que sucede ao nível da representação voluntária, estamos num âmbito em que acompanhante/representante é chamado a agir por o acompanhado não conseguir fazê-lo por si, acautelando os seus interesses. E o mesmo se diga para as situações em que o negócio tem de ser autorizado pelo acompanhante: seria contraditório exigir que, para a sua validade, o acompanhado prestasse a sua autorização para a celebração de um negócio que, depois de autorizado pelo acompanhante, seria celebrado pelo próprio. Em segundo lugar, estando em causa não a celebração de um negócio consigo mesmo, mas a existência de um conflito de interesses que afete a atuação do acompanhante, teremos de concluir que, inexistindo tal conflito, nem sequer se verifica a previsão normativa que impõe a remissão para o artigo 261.º cc.

Além disso, no que respeita aos atos de disposição de bens imóveis, o artigo 145.º/3 cc dispõe que eles carecem sempre de autorização judicial específica. Tratando-se de um ato do acompanhante em nome do acompanhado, tal já resultava das regras do artigo 1938.º cc, conjugado com o artigo 1889.º cc. Estes preceitos são, aliás, mais amplos. De facto, enquanto a norma do artigo 145.º/3 cc fala da disposição<sup>14</sup> de bens imóveis, o artigo 1938.º/1 a) cc refere-se à alienação e oneração de bens não suscetíveis de deterioração.

---

<sup>14</sup> O conceito de ato de disposição não se confunde com o de ato de alienação. Basta pensar que a doação, configurando uma alienação da coisa, escapa à distinção entre os atos de disposição e os atos de mera administração, por não ser um ato de gestão patrimonial – nesse sentido, cf. C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed por A. Pinto MONTEIRO / Paulo Mota PINTO, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 406 s., em especial 410. Pense-se, ainda, que alguns atos que, sendo considerados atos de disposição (arrendamento superior a 6 anos), não envolvem qualquer alienação e que determinados atos de alienação podem não se configurar como atos de disposição (quanto a estes veja-se, contudo, as demais alíneas dos citados artigos 1889.º e 1938.º). Nessa medida, o recurso às regras da tutela pode ser importante não só pela delimitação mais ampla do objeto em questão, como pela própria natureza do negócio em causa.

E, embora o conceito de disposição pareça ser, em certa medida, mais amplo do que o de alienação, as restantes alíneas dos artigos citados contemplam hipóteses que se integrariam no conceito de disposição<sup>15</sup>. A verdade é que os preceitos em questão se continuam a aplicar ao maior acompanhado, não pela equiparação ao menor – que inexistente – mas por expressa determinação do artigo 145.º/4 CC<sup>16</sup>.

Resta, portanto, a questão de saber se o n.º 3 do artigo 145.º se deve ou não aplicar às situações em que o acompanhante se limita a dar a sua autorização para que o acompanhado atue e aos atos para os quais o acompanhado mantém a sua capacidade. No que aos últimos diz respeito, a resposta há de ser claramente negativa. Na verdade, se estamos num domínio em que o maior tem capacidade de exercício de direitos, que não foi excecionada pelo juiz em face das peculiaridades do caso, então, haveremos de considerar que aqueles atos em concreto estão fora do âmbito do acompanhamento, não havendo razão para se impor o controlo judicial prévio e específico. Pense-se na hipótese em que A é sujeito a uma medida de acompanhamento em virtude da impossibilidade de exercer pessoalmente determinados direitos, fruto de uma adição de jogo. A compulsão de A para jogar determina que ele dissipe património, o que leva a que o juiz ordene a representação ou a assistência em todos os negócios que envolvam uma alienação de património acima de determinado montante. A celebra com B um contrato de arrendamento por 7 anos, para sua habitação permanente. Lidamos com um negócio de disposição que, não obstante, não está contemplado na sentença. Cremos que em relação a ele não se justifica a necessidade de obtenção de uma autorização judicial prévia e específica.

---

<sup>15</sup> Note-se, porém, que quem compra também celebra um negócio de disposição, donde o artigo 145.º/3 acaba por, nessa perspetiva, parecer mais amplo do que os restantes artigos citados. Mas só nessa perspetiva. O artigo 1938.º/1 *b*) refere-se à hipótese de aquisição de bens, móveis ou imóveis, como aplicação de capitais do menor. Simplesmente, o preceito parece apontar para uma ideia de negócio aquisitivo de investimento e não para uma mera compra.

<sup>16</sup> Também o artigo 1937.º CC continua a ser aplicável. Note-se que, em rigor, a doação não integra o conceito de ato de disposição, por não se tratar de um ato de gestão patrimonial, pelo que, na ausência de previsão expressa, o artigo 145.º/3 CC não contemplaria estas hipóteses.

Mas também no que respeita aos atos do acompanhado autorizados pelo acompanhante, cremos que a resposta deve ser negativa. Integrandose no âmbito de relevância da previsão do citado preceito, a situação do acompanhado ficaria mais limitada do que a do inabilitado, contra aquela que era a intencionalidade da disciplina normativa. Se o acompanhado apenas necessita de assistência, isso significa que ele próprio pode funcionar como controlo da atuação do acompanhante. O artigo 145.º/3 CC visa isso mesmo: impedir abusos por parte do acompanhante (e não o suprimento de qualquer incapacidade pontual, determinada pelo juiz, uma vez que para tanto bastaria a atuação do próprio acompanhado). Simplesmente, a atuação conjunta nas hipóteses de assistência parece afastar a relevância da intencionalidade normativa. Sem que haja qualquer contradição com o artigo 150.º CC. É que agora não se trata de obter a autorização do acompanhado para a celebração válida do negócio jurídico, mas de considerar que, numa situação em que não há conflito de interesses, não se tem de sujeitar o negócio ao crivo do tribunal pelo simples facto de ele incidir sobre um imóvel e configurar um ato de disposição, porque, na ausência daquele conflito, o próprio acompanhado poderá controlar eventuais abusos. Na verdade, a iniciativa negocial é, nestes casos, do acompanhado, recebendo para a validade do negócio a autorização do acompanhante. Vejamos. No caso em que é ordenada a assistência, a vontade do acompanhado está presente e é manifestada e, de acordo com a valoração normativa, ela deve ser ponderada conjuntamente com o interesse. No fundo, desde que não haja uma contrariedade aberta entre interesse e vontade, parece que aquela deve ser salvaguardada. Ora, nestes casos, a iniciativa negocial é do acompanhado (vontade). A autorização do acompanhante salvaguarda o interesse. Mas o próprio acompanhado pode ver se há ou não preterição do seu interesse, abstendo-se de agir em caso afirmativo. A autorização do acompanhante serve, apenas, para refrear a vontade, naquelas hipóteses em que não há uma absoluta ausência de autodeterminação. Não se parece, por isso, justificar o controlo por parte do tribunal. Se assim fosse, estar-se-ia a equiparar, para estes efeitos, as situações de assistência às situações de representação, tendo em conta apenas o interesse. Note-se, aliás, que em caso de conflito de interesses será aplicável o artigo 150.º CC. Ademais, pergunta-se por que razão se instituiria essa cautela no caso dos bens imóveis e não no tocante a

outros bens que podem assumir tanta ou maior importância, atento o fenómeno de desmaterialização da riqueza a que se assiste atualmente. No caso de representação, a vontade do acompanhado está efetivamente ausente. Apenas conta o interesse. Se houver conflito de interesses entre o acompanhante e o acompanhado, aplicar-se-á o artigo 150.º CC. Não havendo, tratando-se de um ato de disposição de bem imóvel, aplicar-se-á o disposto no artigo 145.º/3 CC. Mas a essa solução já se chegaria pela aplicação dos artigos 1889.º e 1938.º CC, com um âmbito mais amplo (é certo que há mais atos de disposição do que atos de alienação, mas também é certo que as restantes alíneas do artigo 1889.º e as alíneas do artigo 1938.º contemplam essas outras hipóteses). Redunda este entendimento num esvaziamento do conteúdo útil do artigo 145.º/3 CC, na medida em que aqueles preceitos são aplicáveis por força do artigo 145.º/4 CC. Não cremos que possa proceder um entendimento segundo o qual este artigo 145.º/4 CC faz uma remissão para os aspetos orgânicos da tutela e não para os poderes do tutor. Não só nada na norma autoriza tal interpretação, como, a não se considerarem aplicáveis aquelas normas, porque, em rigor, a doação não se integra na *summa divisio* entre atos de disposição e atos de mera administração, ela ficaria fora do âmbito de aplicação do artigo 145.º/3 CC, não se podendo mobilizar o artigo 1937.º CC, gerando-se um verdadeiro paradoxo jurídico.

Outras são, aliás, as críticas que podem ser dirigidas ao conteúdo do artigo 145.º/3 CC. Na verdade, por que razão se haveria de restringir a imposição aos bens imóveis, quando atualmente há formas de riqueza tão ou mais importantes que a propriedade imobiliária? A este propósito, Miguel Teixeira de Sousa sublinha que “não está excluído que, através de uma interpretação extensiva, o mesmo deva valer para outras formas de riqueza, como, por exemplo, valores mobiliários e outros instrumentos financeiros”<sup>17</sup>. Sendo essa a solução que nos parece materialmente justa, cremos que a ela se pode chegar, sem necessidade do artigo 145.º/3 CC, por via de uma extensão teleológica do artigo 1938.º/1 b) CC, o que mostra que o novo preceito se torna despiciendo e constrangedor nas soluções que consagra.

---

<sup>17</sup> Miguel Teixeira de SOUSA, “O regime do acompanhamento de maiores: alguns aspectos processuais”, *O novo regime do maior acompanhado*, CEJ, 2019, 47.

## 5. O valor dos atos do acompanhado

Se, porventura, o acompanhado praticar um dos atos para os quais a sentença definiu que ele deveria ser representado ou assistido, tal negócio é anulável, nos termos do artigo 154.º CC.

Haveremos, porém, de ter em conta diversos momentos para poder afirmar com segurança qual o valor do ato praticado. Assim, se for levado a cabo *depois do registo do acompanhamento*, a anulabilidade avulta sem outros requisitos adicionais. Porém, se praticado *depois de anunciado o início do processo de acompanhamento, mas antes daquele registo*, o ato é anulável, exigindo-se, contudo, que uma decisão final de acompanhamento seja decretada e que tenha causado prejuízo do acompanhado. Estas eram já exigências que o Código Civil formulava para a anulabilidade dos atos praticados pelo interdito ou pelo inabilitado, na pendência do processo, nos termos do anterior artigo 149.º CC, aplicado diretamente (no primeiro caso) ou por remissão do artigo 156.º CC (no segundo caso). Colocava-se, então, o problema de saber se o carácter prejudicial se deveria aferir por referência ao momento da prática do ato ou do ajuizamento, entendendo a melhor doutrina que a referida prejudicialidade se teria de aferir por referência ao primeiro momento – o da celebração do negócio<sup>18</sup>. Assim, e colhendo os ensinamentos da doutrina anterior às alterações introduzidas pela Lei n.º 49/2018, não devem ser tidas em conta as valorizações ou as desvalorizações do bem ou direito posteriores à celebração do negócio.

Já no tocante aos negócios gratuitos, devem ser sempre considerados prejudiciais<sup>19</sup>.

Aos atos anteriores ao anúncio do início do processo de acompanhamento, aplicar-se-á o regime da incapacidade acidental. O artigo 154.º/3 CC remete, assim, para o artigo 257.º CC, nos termos do qual “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”, sendo o facto notório “quando uma pessoa de normal diligência o teria podido notar”.

<sup>18</sup> C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 237 s.

<sup>19</sup> C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 238.

A anulabilidade do negócio celebrado antes do anúncio do início do processo de acompanhamento é, assim, aferida caso a caso, em face das circunstâncias existentes no momento dessa celebração. Exige-se para que ele possa ser anulado, em primeiro lugar, que o sujeito estivesse momentaneamente incapacitado, isto é, que, no momento da prática do ato (momento em que a declaração negocial foi emitida), estivesse incapaz de entender o alcance do seu ato e/ou de determinar a sua vontade de acordo com um pré-entendimento que tivesse, e, em segundo lugar, que esse estado de incapacidade fosse conhecido ou notório da contraparte. Sê-lo-á, quando uma pessoa de normal diligência a teria podido notar.

O artigo 154.º/2 CC dispõe que “o prazo dentro do qual a ação de anulação deve ser proposta só começa a contar-se a partir do registo da sentença”. A referência é feita, obviamente, para o caso dos negócios celebrados durante a pendência do processo de acompanhamento. Contudo, nada mais é esclarecido pelo legislador no tocante a prazos para arguir a anulabilidade, por um lado, nem no tocante à legitimidade para o efeito, por outro lado. E, tratando-se de uma anulabilidade (contrariamente ao que sucederia no âmbito da nulidade), não pode deixar de se enfrentar quer a questão relativa a saber quem pode invocá-la, quer a questão de determinar dentro de que período o poderá fazer.

No regime da interdição e da inabilitação, o problema resolvia-se facilmente por determinação do legislador. Sendo o interdito equiparado ao menor, nos termos do artigo 139.º CC, e aplicando-se ao inabilitado o regime da interdição em tudo o que não fosse expressamente consagrado a propósito da inabilitação, nos termos do artigo 156.º CC, as questões que agora enunciamos eram resolvidas à luz do artigo 125.º CC.

Assim, tendo em conta uma disciplina normativa que determinava a anulabilidade dos atos dos incapazes maiores, quando praticados depois do registo da sentença de interdição ou inabilitação, quando levados a cabo na pendência do processo, desde que a interdição ou inabilitação viessem a ser efetivamente decretadas e o ato causasse prejuízo, quando praticados antes da publicidade da ação, verificados que estivessem os requisitos da incapacidade accidental, considerava-se, no tocante aos negócios celebrados nos dois primeiros períodos, que tinham legitimidade para arguir a sua anulabilidade o representante legal ou o assistente, consoante os casos, no prazo de um ano



a contar do conhecimento, mas nunca depois de a incapacidade ter sido levantada; o interdito ou inabilitado, no prazo de um ano a contar do levantamento da interdição ou inabilitação; os herdeiros, no prazo de um ano a contar da morte do incapaz, desde que ela ocorresse antes de esgotado o prazo a que nos referimos em último lugar.

*Quid iuris*, depois da aprovação da Lei n.º 49/2018?

Perdendo-se a remissão para o artigo 125.º CC, O acompanhado é, para todos os efeitos, tido como capaz, ainda que, em concreto, o acompanhamento possa conduzir à limitação da sua capacidade de exercício (e, em última instância, à privação dessa capacidade). Por isso, não é equiparado a um menor. A anterior remissão para o regime da menoridade desaparece e, com a alteração da intencionalidade predicativa da medida de proteção dos maiores com debilidades mentais, físicas ou comportamentais, desaparece também o fundamento para podermos operar automaticamente essa remissão. O artigo 125.º CC deixa, por isso, de se aplicar (pelo menos automaticamente) a maiores e vê confinado o seu âmbito de relevância aos menores.

Na falta de previsão expressa do legislador, ter-se-á de aplicar o regime regra contido no artigo 287.º CC, que terá de ser interpretado à luz do caso concreto.

Pensemos, primeiro, nos atos praticados depois do registo do acompanhamento e nos atos praticados na pendência do processo de acompanhamento. A anulabilidade prevista no artigo 154.º CC foi estabelecida no interesse do acompanhado. Assim, por princípio, haveremos de considerar que tem legitimidade para arguir a anulabilidade. E o acompanhante terá legitimidade? Este pode representar o acompanhado ou assisti-lo consoante os casos. Assim, a atuação do acompanhante em nome do acompanhado ou ao lado do acompanhado deve ser entendida como a atuação do próprio sujeito beneficiário da medida de proteção, donde a legitimidade do último deve estender-se ao primeiro. Não está aqui em causa um alargamento da legitimidade ativa, mas a consideração de que o acompanhante age, nos casos em que tem poderes de representação, como se fosse o próprio acompanhado, e orienta-o, sempre que tenha poderes de assistência.

Mas a solução de “alargamento” da legitimidade ao acompanhante só se compreende na articulação dos prazos de arguição dessa mesma anulabilidade. Esse prazo é de um ano a contar da cessação

do vício que lhe serve de fundamento. O vício cessa quando a situação de acompanhamento (e, necessariamente, os fundamentos dela) desaparece. O acompanhado teria um ano a contar do levantamento do acompanhamento para arguir a anulabilidade. Acontece que este levantamento pode nunca vir a ocorrer. Além de que pode haver interesse em que a desvinculação tenha lugar num momento prévio. Assim, surgiria o acompanhante a representar o acompanhado, quando exista essa representação, ou a orientá-lo, nos casos de atos sujeitos a autorização. O prazo seria, nestas hipóteses, de um ano a contar do momento em que cada um deles estivesse em condições de agir, ou seja, a partir do momento do conhecimento, mas nunca depois do levantamento do acompanhamento, por nessa fase deixar de fazer sentido a intervenção do acompanhante. Além disso, a solução parece também intencionada pelo n.º 2 do artigo 154.º CC (ou seja, no tocante aos atos praticados na pendência do processo, o prazo a que aludimos só começa a contar depois do registo da sentença, mesmo que o conhecimento seja anterior) e pelo artigo 903.º CPC.

Quer isto dizer que, embora o artigo 125.º CC apenas se aplique, na sua literalidade e sem a remissão expressa do legislador, a menos, porque a não aplicação da solução que o legislador dispensou aos atos daqueles que ainda não perfizeram dezoito anos aos maiores que beneficiam de acompanhamento viola a intencionalidade normativa do sistema, haveremos de considerar que ela se aplica por adaptação aos atos dos acompanhados. A adaptação implica, porém, que se analise a posição de cada um dos sujeitos cuja legitimidade se reclama.

*Quid iuris*, por isso, no que respeita à legitimidade dos herdeiros? Ocupando os sucessíveis a posição jurídica do *de cuius*, dir-se-á que sim, sendo apenas problemática a definição do prazo em que poderão atuar. Se o acompanhamento já tiver sido levantado no momento em que ocorre a morte, o prazo há-de ser apenas o tempo que restaria ao *de cuius*; se o acompanhamento ainda não tiver sido levantado quando o acompanhado morrer, então, haveremos de contar o prazo de um ano a partir da morte.

Resta-nos analisar o problema por referência aos atos praticados antes do anúncio do início do processo de acompanhamento. Quanto à anulabilidade destes, a verificar-se, tem legitimidade para a invocar o sujeito que, no momento da celebração do negócio, estava incapacitado de entender e querer, no prazo de um ano a contar do

momento em que as suas capacidades cognitivas e volitivas lhe permitem a correta percepção do alcance do ato que praticou e o perfeito domínio da sua vontade. Quanto ao acompanhante, ele terá legitimidade, desde que o ato em questão seja um daqueles em relação ao qual há necessidade de representação ou de assistência. O prazo será de um ano a contar do conhecimento, não podendo começar a correr, por aplicação analógica do n.º 2 do artigo 154.º CC, antes do registo do acompanhamento. Não se lhe poderá, porém, atribuir legitimidade se o prazo do maior já tivesse expirado no momento em que o acompanhamento tenha sido decretado. No fundo, não decorrido o prazo, ele renova-se a partir do registo do acompanhamento

Em suma, havendo representação, o acompanhado tem um ano a contar do levantamento para requerer a anulação do negócio (por ser esse o momento em que cessa o vício, nos termos do artigo 287.º CC). O acompanhante, atuando como representante, tem um ano a contar do momento em que pode agir em representação do maior, ou seja, um ano a contar do conhecimento (ou, se estiverem em causa atos praticados na pendência do processo, um ano a contar da data em que o acompanhamento é registado, a não ser que o conhecimento ocorra depois). Mas porque a eventual inação do acompanhante não pode ser imputada ao acompanhado, não devemos fazer depender o prazo e a legitimidade deste (depois de levantado o acompanhamento) do destino que foi dado quer ao prazo, quer a legitimidade do acompanhante. Repare-se que esta ideia de representação (que nos permite mobilizar a intencionalidade normativa do artigo 125.º CC, numa forma de adaptação extensiva do preceito, fazendo-o equiparar à compreensão do artigo 287.º CC conformada à luz das exigências do caso concreto) não é posta em causa pelo artigo 1938.º/1/e) CC, exatamente por estarmos aqui diante de uma hipótese em que a demora na propositura da ação pode gerar prejuízos (é essa consideração que, aliás, justifica o alargamento da legitimidade ao acompanhante). No caso de assistência, os termos do problema são outros. O acompanhado terá sempre um ano a contar do levantamento do acompanhamento. Contudo, porque pode haver interesse imediato na desvinculação (ou porque o levantamento do acompanhamento pode não ser expectável ou nem vir a ocorrer), o acompanhante pode agir, arguindo a anulabilidade do ato, tendo o acompanhado a seu lado. O prazo é de um ano a contar do conhecimento que o acompanhante haja tido do negócio. Contudo, tal não

invalida o prazo de um ano do próprio acompanhado a que fizemos referência. Em primeiro lugar, mais uma vez, não podemos imputar ao acompanhado a inação do acompanhante (e aqui não há qualquer contradição com o que se disse em relação ao artigo 145.º/3, uma vez que partimos agora de uma omissão e não da positiva autorização de um ato de iniciativa do maior). Em segundo lugar, a legitimidade do acompanhante é aqui, por interpretação corretiva do sistema, na conjugação entre a solução predisposta pelo artigo 287º e a intencionalidade do artigo 125.º CC, a do próprio acompanhado, o que em termos processuais terá consequências (o artigo 125.º CC sendo mobilizado, por adaptação, não pode aplicar-se automaticamente. Aliás, no que respeita às hipóteses de assistência, o acompanhante deve estar apenas ao lado do acompanhado no processo, embora a sua posição prevaleça sobre a deste), donde aquilo a que se assiste é a uma mera antecipação de uma legitimidade que apenas ocorrerá depois do levantamento do acompanhamento. Assim sendo, em face da inação do acompanhante, nada impedirá o acompanhado de agir posteriormente. Poder-se-á questionar por que razão não se alarga a solução do 125.º CC aos herdeiros do maior acompanhado, no tocante ao prazo. Na verdade, se o acompanhamento já tivesse sido levantado, os herdeiros não passam a dispor do prazo de um ano a contar da morte. Isto pode levantar constrangimentos do ponto de vista da tempestividade processual, que devem ser superados com base numa interpretação corretiva do regime da caducidade. De facto, não podemos aplicar a solução do artigo 125.º automaticamente, porque falta cumprir um dos dois momentos da analogia jurídica. Se a analogia problemática está presente, parece falhar a analogia judicativa. Enquanto no caso do menor o que está em causa é a salvaguarda do seu interesse, no caso do maior acompanhado, o interesse tem de surgir sempre balizado pela vontade (já que se parte sempre de uma ideia de salvaguarda da autonomia, que leva, inclusivamente, a que, em regra, o acompanhante seja escolhido pelo acompanhado). Isto quer dizer que, caso o levantamento do acompanhamento já tivesse ocorrido, não tendo ainda o antigo acompanhado agido processualmente, ficamos privados de razões para autonomizar um novo prazo (há que atender mais à vontade daquele que agora não é já acompanhado do que ao seu interesse; o prazo há de ser apenas aquele que ainda não tinha sido completado).



# INTERNAMENTO COMPULSIVO E A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

O CASO ROOMAN CONTRA A BÉLGICA, DE 31 DE JANEIRO DE 2019

[https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia\\_psiquica/7](https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia_psiquica/7)

*Júlio Barbosa e Silva*

Procurador da República

Apesar das questões legais e práticas relacionadas com a Lei de Saúde Mental que se poderiam aqui tratar e debater, a riqueza factual do *Caso Rooman contra Bélgica*, de 31 de Janeiro de 2019<sup>1</sup>, da *Grand Chamber* do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante TEDH), convocou problemas e interpretações que gravitam no âmbito de legislações semelhantes à nossa – nos princípios e objectivos – que merecem ser conhecidas e analisadas.

Em 1997, o Sr. Rooman, que pertence à minoria que fala alemão na Bélgica (o alemão é umas das três línguas oficiais, falado apenas por 76 mil habitantes num universo de pouco mais de 10 milhões), foi condenado por furto e agressões sexuais, incluindo violação de crianças, terminando o cumprimento da pena que lhe foi aplicada por esses crimes, a 20 de Fevereiro de 2004.

Sucedo que, baseado num relatório psiquiátrico e numa decisão de internamento compulsivo, evidenciando a sua perigosidade e problemas psiquiátricos, foi admitido, a 21 de Abril de 2004 no

---

<sup>1</sup> Caso n.º 18052/11, texto completo disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189902>.

Paifve EDS, instituição de saúde mental, situada na região belga que fala francês.

O requerente solicitou alta por várias vezes, sempre sem sucesso, sendo essas decisões baseadas no facto que faltavam melhorias na sua saúde mental, (continuando perigoso e provavelmente cometeria novos crimes) e de garantias para a sua reabilitação social, afirmando a entidade responsável que não foi possível o Sr Rooman receber tratamento psiquiátrico em alemão, única língua que conhecia e falava, e que deveriam ser feitos esforços para encontrar uma instituição onde pudesse receber tratamento nessa língua.

Não obstante essa recomendação, no período que se seguiu e até 2017, o seu internamento ficou marcado por uma completa falha de cuidados terapêuticos, designadamente um plano à medida para tratar ou minimizar aquela perigosidade e, por aí, o requerente passar a ter perspectivas reais de saída (ambulatório ou um regime mais aberto à comunidade), sob o pretexto de ali não haver qualquer especialista ou *staff* que falasse alemão, tornando assim a comunicação praticamente impossível.

Face a isso, nenhum tratamento psiquiátrico efectivo e estruturado foi providenciado.

Apenas a partir de Agosto de 2017, na sequência de uma primeira decisão do TEDH de 18 de Julho de 2017<sup>2</sup>, tomaram as autoridades belgas medidas concretas para que o requerente beneficiasse de várias formas de tratamento, o que até ali não tinha sucedido de forma satisfatória.

Com base no artigo 3.º – proibição de tratamento desumano ou degradante<sup>3</sup> – e artigo 5.º, n.º 1 – direito à liberdade e à segurança<sup>4</sup> – da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante CEDH), o Sr. Rooman queixou-se que não havia recebido o

---

<sup>2</sup> Decisão disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5793061-7368949>.

<sup>3</sup> Este artigo, sob epígrafe “Proibição da tortura”, estabelece que “Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.”

<sup>4</sup> Artigo 5º (Direito à liberdade e à segurança)

“1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal:

a) Se for preso em consequência de condenação por tribunal competente;

tratamento psicológico e psiquiátrico que a sua condição de saúde mental exigia e ainda que essa falta de tratamento o privava de uma perspectiva de melhoria da sua situação e que, conseqüentemente, a sua detenção no Paifve EDS era ilegal e violadora da CEDH.

Numa primeira decisão, o TEDH considerou existir violação do artigo 3.º, mas não do artigo 5.º, motivando uma solicitação de análise do caso pela *Grand Chamber*.

Depois de aceite para nova análise por parte da *Grand Chamber*, e discutida a causa, foi decidido que havia violação do artigo 3.º, na medida em que as autoridades nacionais falharam ao não providenciar tratamento para a condição de saúde do Sr. Rooman desde 2004 até Agosto de 2017, sendo a comunicação entre pessoal médico e doente impossível e que a sua privação de liberdade continuada, sem qualquer esperança realista de mudança e sem apoio médico adequado por um período de cerca de 13 anos, constituía uma provação particularmente aguda, causando sofrimento/angústia de intensidade que excedia o nível inevitável inerente a uma detenção.

O TEDH evidenciou ainda que desde Setembro de 2005 havia já posição tomada por dois psiquiatras, afirmando que o requerente tinha particular necessidade de tratamento psicofarmacológico e psicoterapêutico de longa duração, em alemão, pelo que a barreira linguística era, comprovadamente, o único factor impeditivo de tratamento igual aos doentes com condição idêntica.

---

b) Se for preso ou detido legalmente, por desobediência a uma decisão tomada, em conformidade com a lei, por um tribunal, ou para garantir o cumprimento de uma obrigação prescrita pela lei;

c) Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infracção, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infracção ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido;

d) Se se tratar da detenção legal de um menor, feita com o propósito de o educar sob vigilância, ou da sua detenção legal com o fim de o fazer comparecer perante a autoridade competente;

e) Se se tratar da detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico, de um toxímano ou de um vagabundo;

f) Se se tratar de prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição.”



A partir de Agosto de 2017, na sequência da primeira decisão de 18 de Julho de 2017, o TEDH entendeu que as autoridades belgas demonstraram uma vontade real em tratar da situação do Sr Rooman, adoptando medidas tangíveis, pelo que a partir dessa altura não se verificava mais uma violação do artigo 3.º da CEDH.

Já no que diz respeito ao artigo 5.º da CEDH, o Tribunal decidiu refinar os seus princípios jurisprudenciais e clarificar o significado da obrigação das autoridades providenciarem tratamento às pessoas colocadas em internamento compulsivo (*compulsory confinement*), sublinhando que existe uma ligação próxima entre a legalidade da detenção de pessoas que sofrem de problemas mentais e o carácter apropriado do tratamento dado a essa condição. Consequentemente, qualquer detenção de alguém naquelas condições terá de ter uma finalidade terapêutica dirigida especificamente, e dentro do possível, a curar ou aliviar a sua condição de saúde mental, incluindo, sempre que apropriado, diminuir ou controlar a sua perigosidade, preparando para uma eventual libertação.

O Tribunal especificou ainda que o nível de cuidados médicos para esta categoria de detidos teria de ir além dos cuidados básicos, sendo que o acesso a profissionais de saúde, consultas e administração de medicação poderiam ser insuficientes para que um tratamento fosse considerado apropriado – e por aí, satisfatório – ao abrigo do artigo 5.º da CEDH.

O conceito de “Tratamento apropriado e individualizado”, então, constitui parte essencial da noção de “instituição apropriada”, referindo o Tribunal, com muito interesse, que nos termos do artigo 5.º, n.º 1, alínea e) da CEDH, uma decisão que recuse a libertação de um indivíduo em internamento compulsivo poderá tornar-se incompatível com o objectivo inicial de “detenção preventiva” contida na decisão judicial se a pessoa foi detida dado o risco de voltar a cometer crimes mas, ao mesmo tempo, seja privada das medidas – como seja uma terapia adequada – que seriam necessárias à demonstração que ele ou ela já não era perigoso. Pelo que apenas não haveria violação do aludido artigo caso as autoridades tenham tomado medidas suficientes para ultrapassar qualquer problema impeditivo do tratamento.

Ora, este ciclo de argumentação convoca a ideia de uma “pescadinha de rabo na boca”, sendo que apenas não haveria violação do artigo 5.º, n.º 1 da CEDH caso as autoridades tivessem tomado

medidas suficientes para ultrapassar qualquer problema, concluindo que a privação de liberdade entre o início de 2004 e Agosto de 2017 não teve lugar numa instituição adequada, capaz de um tratamento adaptado à sua condição, conforme exige aquele artigo na leitura do TEDH. Considerando, no entanto, que desde aquela primeira decisão de 18 de Julho de 2017, as autoridades belgas retiraram as conclusões necessárias, colocando em prática um pacote de tratamento compreensivo com medidas tangíveis, tendo sido encontrada uma psiquiatra que falava alemão, bem como providenciado intérprete para os encontros com um clínico geral e para o que fosse necessário, não sendo a falta de receptividade do requerente imputável às autoridades nacionais, pelo que, quanto ao período desde Agosto de 2017, não havia violação do aludido artigo 5.º.

Neste âmbito, é interessante notar que a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adoptada a 13 de Dezembro de 2006 (Resolução A/RES/61/106), no seu artigo 14.º, estabelece que:

- “1. Os Estados Partes asseguram que as pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais:
  - a) gozam do direito à liberdade e segurança individual;
  - b) não são privadas da sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária e que qualquer privação da liberdade é em conformidade com a lei e que a existência de uma deficiência não deverá, em caso algum, justificar a privação da liberdade.
2. Os Estados Partes asseguram que, se as pessoas com deficiência são privadas da sua liberdade através de qualquer processo, elas têm, em condições de igualdade com as demais, direito às garantias de acordo com o direito internacional de direitos humanos e são tratadas em conformidade com os objectivos e princípios da presente Convenção, incluindo o fornecimento de adaptações razoáveis.”

Em Setembro de 2015, o Comité dos Direitos das Pessoas com Deficiência das Nações Unidas delineou Directrizes (*Guidelines*) sobre o direito à liberdade e segurança de pessoas com deficiência<sup>5</sup>,

---

<sup>5</sup> Annex A/72/55 Guidelines on the right to liberty and security of persons with disabilities (Ponto C), disponível em: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=dtYoAzPhJ4NMMy4Lu1TOebOyWznln3F6u2vVkqo%-2FomXtSn4CLtA238Fdsx9hOv5ZF626c2zYyRNX0SwvVArEwf4XUnu3w-zBuwoY3uXOileJQ%3D>.

com base na jurisprudência a respeito do artigo 14.º daquela Convenção, estabelecendo-se aí, sob epígrafe “II. Direito à Liberdade e segurança de pessoas com deficiência” que:

“3. O Comité reafirma que a liberdade e segurança da pessoa é um dos direitos mais preciosos a que toda a gente tem direito. Em particular, todas as pessoas com deficiência, e especialmente pessoas com deficiência intelectual e psicossocial têm direito à liberdade de acordo com o artigo 14 da Convenção.

4. O artigo 14 da Convenção é, na sua essência, uma determinação não discriminatória. Especifica o âmbito do direito à liberdade e segurança da pessoa em relação a pessoas com deficiência, proibindo toda a discriminação baseada na deficiência no seu exercício.

Assim, o artigo 14.º relaciona-se directamente com o objectivo da Convenção, que é garantir o total e igual usufruto de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.” (...)

III. A proibição absoluta de detenção baseada na deficiência

6. Ainda há práticas através das quais Estados parte permitem a privação de liberdade com base em deficiência real ou aparente. A este respeito, o Comité estabeleceu que *o artigo 14 não permite quaisquer excepções através das quais as pessoas possam ser detidas com base na sua deficiência real ou aparente. No entanto, a legislação de determinados Estados parte, incluindo leis de saúde mental, ainda prevêm situações em que pessoas possam ser detidas com base na sua deficiência real ou aparente, desde que haja outros motivos para a sua detenção, incluindo que são considerados perigosos para si e para outros.*

*Esta prática é incompatível com o artigo 14; tem uma natureza discriminatória e equivale a privação arbitrária da liberdade.*

14. *Pessoas com deficiência intelectual ou psicossocial são frequentemente consideradas perigosas para si próprias ou outros quando não consentem ou resistem a tratamento médico ou terapêutico. Todas as pessoas, incluindo aquelas com deficiência, têm o dever de não fazer mal. Sistemas legais baseados no primado da lei instituíram leis penais e outras para lidar com violações dessa obrigação. (...)*

15. A liberdade para fazer as suas próprias escolhas, estabelecida como um princípio no artigo 3 (a)<sup>6</sup> da Convenção, *inclui a liberdade para correr riscos e cometer erros em igualdade com outros.*

No seu comentário geral n.º 1, o Comité referiu que decisões sobre tratamento médico e psiquiátrico devem basear-se no consentimento livre e informado da pessoa em causa e devem respeitar a sua autonomia, vontade e preferência (parágrafos 21 e 42). *Privação de liberdade com base na deficiência real ou aparente ou condições de saúde em instituições de saúde mental, que priva as pessoas com deficiência da sua capacidade legal, também equivale a violação do artigo 12 da Convenção.*”

Ora, na minha opinião, sem prejuízo de um eventual necessário amadurecimento de ideias, estas considerações contidas nas *guidelines* suscitam-me grandes reservas – sendo certo que o TEDH, na decisão em análise, não deixa de as mencionar para depois as afastar como considerações determinantes para a decisão – estando em crer que actualmente não existe ainda qualquer alternativa eficaz à efectiva privação de liberdade, através do internamento compulsivo de pessoas que podem (e muitas vezes comprovadamente já o foram) consubstanciar um perigo para bens jurídicos, de relevante valor, próprios ou alheios, de natureza pessoal ou patrimonial, e que recusem submeter-se ao necessário tratamento médico.

Por fim, a respeito deste caso, creio ser particularmente interessante o voto parcialmente discordante do Juiz Nussberger, anexo à decisão, na medida em que coloca em evidência reservas e discordâncias assertivas quanto à violação do artigo 3.º da CEDH.

Começa aquele Juiz por salientar que a *Grand Chamber*, neste caso, toma dois passos importantes no desenvolvimento da sua jurisprudência, referindo que, em primeiro lugar, interpreta a denegação de tratamento psiquiátrico na língua falada pelo requerente como uma violação do artigo 3.º da CEDH sem, no entanto, aceitar a existência de um direito correspondente. Em segundo lugar, aprofunda o conceito de legitimidade “*lawfulness*” da privação de

<sup>6</sup> Artigo 3.º (Princípios Gerais)

“Os princípios da Presente Convenção são:

a) O respeito pela dignidade inerente, autonomia individual, incluindo a liberdade de fazerem as suas próprias escolhas, e independência das pessoas;”.

liberdade ao abrigo do artigo 5.º da CEDH e inclui o direito a tratamento adequado. Assim, embora concorde com a decisão quanto ao artigo 5.º, n.º 1 desde o início de 2004 até Agosto de 2017, critica a maioria quando esta entende haver violação do artigo 3.º, na medida que cria um (novo) direito a tratamento psiquiátrico numa língua concreta, independentemente dos recursos disponíveis, pelo que, na sua visão, o patamar elevado do artigo 3.º não é alcançado, votando assim contra uma violação deste artigo no mesmo período. Explicando que, na sua opinião, a decisão é contraditória quando, por um lado, nega a existência de um direito a tratamento psiquiátrico numa determinada língua e por outro lado, entende haver violação do artigo 3.º afirmando que a barreira linguística foi o *único* factor que impediu o acesso ao tratamento que normalmente estava disponível. Colocando a questão:

Se é encontrada uma violação do artigo 3.º porque um determinado tratamento não é prestado, como pode ser argumentado que o direito a esse tratamento não existe?

Sendo interessante também a interpretação feita pelo juiz no sentido de fazer mais sentido entender, a par da violação do artigo 5.º, ter havido uma violação conjuntamente com o artigo 14.º da CEDH<sup>7</sup> – artigo que, algo estranhamente, não parece ter sido convocado por qualquer das partes no caso concreto – que proíbe qualquer tipo de discriminação, na medida em que a essência do caso reside exactamente na discriminação sofrida por quem pertence a uma minoria Belga de falantes de alemão – uma língua oficial do Estado – pelo que situação semelhante nunca sucederia em relação a alguém que pertence à maioria falante de francês ou neerlandês daquele país.

Terminando, nos parágrafos 12 e 13 do seu parcial voto de vencido, com duas ideias chave. Embora as autoridades nacionais tenham reconhecido haver uma obrigação de haver tratamento em alemão, o estatuto de uma língua (oficial ou de uma minoria protegida) não pode ser um factor a tomar em conta no contexto de um direito absoluto como é o artigo 3.º da CEDH, contando apenas o

---

<sup>7</sup> Artigo 14.º (Proibição de discriminação): “O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.”

sofrimento da pessoa em causa. Adiantando mesmo que se o requerente falasse Swahilli ou Pashto, a solução teria que ser igual.

Afirmando, por fim e nesse âmbito, que concluir pela violação do artigo 3.º da CEDH neste caso é “perigoso”, por dois motivos: Uma interpretação estreita – restringindo o direito aos que falam uma língua do Estado em causa – dificilmente seria compatível com o carácter absoluto do artigo 3.º e poderia ser visto como comprometedor. Uma interpretação lata, pelo contrário, criaria para os doentes mentais privados de liberdade um novo direito a serem tratados numa língua que entendessem. Um direito desse tipo poderia não sair do papel, na medida em que os Estados não possuem recursos ou pessoal médico adequado para o implementar.

Assim, este interessante caso suscitou-me algumas questões que, creio, poderão ter pertinência neste âmbito e que poderão ser alvo de discussão:

- a) O tempo de privação de liberdade sem tratamento efectivo, na aceção do TEDH, e ser essa falha a causa que, a final, não permite uma libertação do doente;
- b) As considerações do TEDH acerca da necessidade efectiva de um tratamento “à medida” de cada doente, e não meros cuidados médicos “plásticos” ou sem tomar em conta cada situação específica;
- c) As *guidelines* relativas à Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a (muito) discutível eventual não conformidade da LSM com a interpretação dada ao artigo 14.º da Convenção (liberdade e segurança da pessoa);
- d) A conformidade legal/constitucional da possível detenção “perpétua” de um doente permanentemente perigoso no âmbito da LSM, e possíveis “contraditoriedades” com o sistema criminal (as medidas de segurança implicam um julgamento; factos concretos e uma baliza máxima – artigo 92.º n.º 2 do Código Penal).



## QUESTÕES PRÁTICAS DO INTERNAMENTO COMPULSIVO

[https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia\\_psiquica/8](https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia_psiquica/8)

*Henrique Prata Ribeiro*

Médico Psiquiatra no Centro Hospitalar Psiquiátrico de Lisboa  
Assistente Livre na Clínica de Psiquiatria e Psicologia da  
Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa

O IC é um internamento feito por ordem judicial. Esse internamento é feito contra a vontade dos doentes, quando estes rejeitam o tratamento que lhes é necessário. Para que se compreenda por que motivo esta modalidade de internamento existe na Psiquiatria, o mais simples será que se comece por mencionar que apenas nesta área da medicina há doenças que, pela sua própria definição, fazem com que os doentes não tenham consciência de delas padecerem; as doenças psicóticas, que implicam uma quebra de contacto de realidade, caracterizada por delírios que, de forma simplista, são crenças inabaláveis, que não cedem a argumentação lógica e que não fazem sentido no contexto cultural dos doentes e alucinações que, também de forma simplista, são perceções sem objeto externo. Para dar um exemplo que seja básico, o mais comum neste tipo de patologia é que os doentes acreditem que estão a ser perseguidos e que, para além disso, “ouçam vozes” que não foram emitidas por ninguém. A Lei, no entanto, não fala do IC de pessoas com doença psicótica e isso tem um motivo – apesar de estes serem os casos que de forma mais fácil se compreende devam ser privados da sua Liberdade em prol da sua Saúde, se se restringisse apenas a estes doentes o



IC, outro tipo de patologias graves e nas quais os doentes se colocam em risco a si ou a terceiros pela falta de discernimento causada pela doença seriam postas de parte – casos como a fase maníaca de uma doença bipolar ou a ideação suicida num estado misto de uma doença bipolar. A utilização do termo anomalia psíquica grave permite que, tanto a autoridade judicial determine a obrigatoriedade de tratamento, como que o médico psiquiatra possa exercer o seu saber científico de forma isenta. Ao fazer isto, a Lei não limita a sua aplicabilidade aos doentes que estão psicóticos nem com diagnósticos específicos, mas a todos os que, por via de uma anomalia psíquica grave de que padeçam, se enquadrem nos pressupostos para que se acione esse internamento.

Não me querendo alongar nesta matéria, visto ser o objetivo mencionar aspetos práticos no concernente a esta modalidade de internamento e não os seus aspetos teóricos, digamos que ela é necessária para proteger os doentes da sua anomalia psíquica grave, dado o nível de alterações do pensamento e da perceção que as doenças psiquiátricas podem acarretar.

### **Internamento de Perigo vs Internamento Tutelar**

O primeiro aspeto prático para o qual quero chamar a atenção é o de quase todos os ICs ocorrerem através da aplicação do artigo 22.º da LSM, que determina os pressupostos para que se acione o internamento de perigo. Os doentes são trazidos maioritariamente pelas famílias, quando estas o conseguem, pelas forças de segurança pública, que na sequência de emissão de mandato de condução por parte do delegado de saúde ou informação de alterações de comportamento que acarretem risco para os doentes ou terceiros os acabam por trazer, ou chegam pelo próprio pé, quase sempre ao serviço de urgência. O que acontece é que o IC tutelar, que se entende menos coercivo para os doentes e por isso preferível, acaba por ficar esquecido. Isto pode acontecer por vários fatores, até de cariz económico – não há em Portugal equipas comunitárias especializadas para lidar com estes doentes na sua área de residência e fazer uma ligação menos coerciva com os serviços de internamento; este tipo de internamento (tutelar) acarreta mais custos ao Estado por ser necessária uma avaliação por dois psiquiatras, eventualmente ser requerida a

presença do médico assistente do doente ou outros profissionais de saúde pela parte do juiz e de para além disso, caso o internado se recuse a comparecer, a presença das forças de segurança tenha de ocorrer de qualquer maneira, o que leva a que se possa questionar a sua exequibilidade, dado o elevado número de ICs em Portugal – os últimos números disponíveis em 2007 apontavam para 10% do total de internamentos, sendo que hoje, apesar de não haver números oficiais divulgados, a impressão clínica é a de que estes rondarão os 25% da totalidade de internamentos. Este número de ICs, com os recursos atualmente alocados à Psiquiatria, seriam mais difíceis de assegurar se a grande maioria deles não fosse executada a partir dos serviços de urgência. Ainda assim, o que se sente que acaba por acontecer é que, aparentemente, todos os intervenientes, desde os psiquiatras assistentes, aos delegados de saúde competentes na área, às forças de segurança, parecem nem ponderar a utilização do IC tutelar, enviando-se os doentes quase exclusivamente para avaliações em serviços de urgência. Portanto, quando olhamos para os pressupostos do Internamento tutelar, dispostos nos números 1 e 2 do artigo 12.º, com especial enfoque no número 2, que lhe é exclusivo, eles encontram-se praticamente excluídos daquilo que é a prática clínica de dia-a-dia, exceto quando erradamente aplicados por psiquiatras no serviço de urgência. A relevância desta diferença é a de que, pelo serviço de urgência, nunca pode um indivíduo que não apresente risco iminente secundário à sua doença ser internado e por isso, a ausência de discernimento para avaliar o sentido e alcance do consentimento ou o facto de a ausência de tratamento deteriorar de forma acentuada o estado de saúde deste nunca pode ser tida em conta. O que acontece é que há alguns casos nos quais se perde uma oportunidade de internar doentes que beneficiariam desse internamento, pelo facto de se os conduzir à urgência quando apenas preenchem pressupostos para um IC tutelar: internamento de perigo vs internamento tutelar.

### **O que considerar “expediente”?**

A questão seguinte prende-se já exclusivamente com o IC de perigo – o que é efetuado a partir do serviço de urgência. Tem surgido uma discussão teórica, mas com implicações práticas, porque

há interpretações diferentes por parte de diferentes psiquiatras. Esta discordância parece ter relação com aquilo que é ensinado nos centros de formação médica, visto que a Norte do país, considera-se que o expediente é tão só a documentação na posse da autoridade que conduz o doente ao serviço de urgência e que esse não engloba a avaliação clínico-psiquiátrica que resulta da observação médica que é elaborada. Já em Lisboa, onde eu trabalho, entende-se que o expediente engloba todos os momentos daquele episódio e que por esse motivo, a ACP se encontra incluída neste e que deve ser enviada para Ministério Público (MP). Se por um lado, no Norte, se diz que o MP pode utilizar indevidamente a informação clínica dos doentes para outros processos, em Lisboa é defendido que a informação que é dada pelo médico ao MP permite que se investiguem eventuais conduções abusivas de cidadãos ao serviço de urgência, importante para o caso de estes estarem a ser conduzidos apenas por estarem diagnosticados com uma qualquer patologia psiquiátrica, como tentativa de os internar exclusivamente por esse rótulo.

### **Da arbitrariedade do acesso ao espaço exterior**

Depois, considero importante que se coloque uma questão em relação à real preservação da dignidade e dos Direitos Humanos neste tipo de internamento. Olhamos para o artigo 8.º, com os Princípios Gerais do IC e deparamo-nos com uma Lei garantística; uma lei que defende que as privações de Liberdade sejam limitadas ao mínimo essencial para garantir o direito à Saúde dos doentes, mas que a meu ver peca por, entrando no espírito do legislador, apenas por bom senso, haver deixado a descoberto a frequência de espaço exterior por parte dos doentes – eventualmente este teria de se encontrar explícito em regulamentos internos dos hospitais e não no texto de Lei, mas as implicações práticas são sérias e devem ser tidas em conta. Ao referir, no seu número 4, que as restrições são as adequadas à “normalidade do funcionamento do estabelecimento”, a LSM deixou os doentes nas mãos da boa vontade dos profissionais de saúde – uma vez que estes controlam os aspetos de logística dos serviços e dos doentes – levando a que, na prática, os doentes recebam um grau de privação de Liberdade completamente distinto consoante o serviço no qual são internados. Em serviços nos quais

os doentes têm a felicidade de ter um pátio ou um diretor de serviço que exige, com normas internas, que os doentes sejam levados ao espaço exterior, os doentes saem dos corredores dos serviços por alguns períodos. Nos restantes serviços, o que acontece é que os doentes ficam confinados ao serviço de internamento pelo tempo que este durar. Num internamento em psiquiatria as janelas não abrem, pelo risco de fuga e pelo risco de tentativas de suicídio; não há presença de atividades, visto que poucos são os serviços no país a possuir terapeutas ocupacionais nos internamentos; as infraestruturas são muitas vezes antigas e não há ginásios nem qualquer outro tipo de condições para que os doentes pratiquem atividade física – mesmo nalguns hospitais com algumas atividades, o doente encontrar-se em regime de IC é critério de exclusão para as integrar. Embora reconheça que a Lei pudesse não ser o local indicado para regular estas questões, não deixa de ser uma comparação relevante a de os presos, em Portugal, gozarem (felizmente) de um mínimo de duas horas diárias de contacto com o exterior. Esta questão, a meu ver, é das mais urgentes e também das que apresenta mais difícil resolução na Psiquiatria.

### **A questão do Tratamento Compulsivo em Regime Ambulatório**

Avanço para uma outra questão que é geradora de discórdia no meio da psiquiatria, que é a do Tratamento Compulsivo em Regime Ambulatório (TCA). A sua aplicação efetiva é quase ausente. Na verdade, é uma minoria dos doentes que é colocada neste regime de tratamento e essa tendência parece depender mais da opinião dos médicos assistentes em relação a esta modalidade do que de sintomatologia, gravidade de doença ou risco de abandono da medicação. Segundo a Lei, a substituição do IC pelo TCA deveria ocorrer sempre que possível, terminando, da mesma forma que o IC, assim que cessassem os pressupostos que originaram a necessidade desse internamento. Para além disto, há outro dado interessante que não conheço com base em nenhum estudo formal desta população, mas sim por discussões inter pares, que é o facto de parecer haver um número relevante de doentes inimputáveis a sofrer múltiplos ICs prévios ao ilícito típico não culposo que praticaram, quase todos a transitar do IC diretamente para a alta hospitalar, sem qualquer

período de TCA. Resta compreender se a utilização mais regular do regime de TCA poderia prevenir a ocorrência dos crimes em causa. A verdade é que não sabemos e um artigo no qual tive o prazer de participar e no qual foi feita uma revisão da literatura referente aos TCA, chega à conclusão de que não possuímos dados científicos que apontem para uma especial eficácia desta modalidade. Ainda assim, é preciso ter em atenção que os resultados do artigo não podem ser considerados vinculativos por diversos fatores: o TCA varia de país para país consoante a sua legislação e em alguns países determina-se que o doente seja observado por profissionais de saúde, mas não há obrigatoriedade de toma de medicação; a maior parte dos estudos são *Randomized Controlled Trials*, o que quer dizer que os doentes que não se encontram em TCA são bastante acompanhados ao longo do estudo, criando nesses doentes voluntários um grande viés, que não contabiliza de forma adequada os abandonos da terapêutica nem o seguimento menos regular que nos serviços de saúde acabam por ocorrer.

### **Do financiamento da medicação**

Ainda em relação ao TCA, gostaria de discutir o financiamento da medicação administrada aos doentes. Em Portugal, doentes colocados nesta modalidade de tratamento são obrigados a tomar e a pagar medicação da qual, na maioria dos casos, nem sequer reconhecem a necessidade. O Estado não deve ser paternalista, nem deve garantir mais regalias a um tipo de doentes do que a outros, mas poder-se-á considerar moralmente discutível que, para além da medida coerciva da administração da medicação, se imponha também aos doentes que assegurem os seus custos. Isto porque, se o TCA é um prolongamento do IC na comunidade, para todos os efeitos, dever-se-ia considerar que estes doentes eram medicados de acordo com as normas do regime de internamento, no qual os doentes não pagam a medicação que lhes é prescrita. Também aqui se gera disparidade na qualidade de cuidados de saúde prestados à população, com alguns hospitais a optar por financiar a medicação dos doentes neste regime de tratamento e outros hospitais a considerarem que não é sua responsabilidade, mas sim do governo assumir esses custos.

Entre os psiquiatras comenta-se também que deveria existir a possibilidade de colocar um doente diretamente sob TCA sem que fosse necessário proceder-se ao seu internamento antes disso. Apesar de essa questão não ter tradução prática, penso que é relevante mencioná-la, podendo gerar um interessante ponto de discussão mais tarde.

### **Liberdade clínica ou uniformização?**

Finalmente chegámos à última questão que queria colocar hoje, que é relacionada com a padronização das avaliações por parte dos psiquiatras – Seria vantajoso criar uniformização nas avaliações ou seria nefasto pelo risco de se simplificar avaliações numa área tão sensível como é a privação de Liberdade dos cidadãos? Tive oportunidade de participar num estudo liderado pelos Dr.s Sofia Brissos e Fernando Vieira para a criação e desenvolvimento de uma *checklist* para avaliação de doentes para eventual IC. Há dois lados para esta questão: se por um lado uma *checklist* pode ser perigosa para pessoas com uma formação como a da área médica, em que muito se procuram algoritmos que simplifiquem o raciocínio clínico e justifiquem decisões, pode da mesma forma ser uma *checklist* uma forma não vinculativa de o médico percorrer todos os campos que é necessário avaliar, podendo socorrer-se dela, especialmente em casos de dúvida quanto à sua decisão, para verificar que todas as áreas necessárias estão devidamente avaliadas.

*Postas as minhas questões, que reconheço são de difícil resposta e para as quais eu não consegui encontrar soluções completamente satisfatórias ou exequíveis, convido todos a participar numa discussão que possa enriquecer as perspetivas e ajudar os agentes envolvidos no processo do IC a encontrar consensos que mais bem sirvam os doentes.*



# O INTERNAMENTO «CIVIL» NA RELAÇÃO JURÍDICA DE MAIOR ACOMPANHADO

## DAR SENTIDO AO ARTIGO 148.º DO CÓDIGO CIVIL

[https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia\\_psiquica/9](https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia_psiquica/9)

*Geraldo Rocha Ribeiro*

Doutorando FDUC

### 1. Introdução

A mudança de paradigma na salvaguarda de interesses das pessoas com deficiência é uma exigência na garantia dos seus direitos fundamentais. Como tal, era imperioso que o Código Civil fosse alterado e o regime das incapacidades revogado, com vista a dar lugar, no sistema de direito civil, ao paradigma de inclusão da pessoa com deficiência na autodeterminação dos seus interesses por oposição a medidas que pressupõem a incapacidade jurídica e sua substituição.

No entanto, atenta a amplitude dos pressupostos que justificam a medida de acompanhamento (artigo 138.º do Código Civil)<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> Deve desde já ser dado nota da necessidade de interpretação conforme os direitos fundamentais do artigo 138.º do Código Civil. Atento o carácter aberto da cláusula geral que inscreve esta norma para efeitos de fixação dos pressupostos para a constituição da medida de maior acompanhado, a legitimidade da intervenção e configuração da medida dependerá do seu recorte ao conteúdo do objecto da relação de maior acompanhado. Esta será, necessariamente, de geometria variável atendendo à capacidade para autodeterminação do beneficiário e necessidades a suprir. Dito isto, quando nos circunscrevemos às situações de comportamentos aditivos e questões como o internamento e tratamento compulsivo



torna-se imperioso concretizar, se não mesmo, materializar os poderes deveres do acompanhante na nova relação jurídica, em particular em intervenções que representam uma *potencial* restrição dos direitos fundamentais do beneficiário, como será o caso de medidas de internamento (artigo 148.º do Código Civil)<sup>2</sup>.

---

ao abrigo da medida de maior acompanhado temos de ter especiais cautelas. Ou bem que o beneficiário consente a intervenção (manifestando-se além da mera autorização para impulsionar o processo), ou a sua capacidade se encontra afectada por causa da falta ou limitação de faculdades para a sua autodeterminação geral e não somente pela viciação decorrente do seu estado de dependência. A sua condição advém da inaptidão para decidir e não da incapacidade para superar o estado de dependência. Logo, não é o mero estado de dependência que justifica a constituição da medida de maior acompanhado, bem como a possibilidade de inscrever no seu objecto medidas de cuidado de saúde ou residência não justifica *per se* a possibilidade do acompanhante decidir o internamento e tratamento compulsivo em comportamentos aditivos (em especial, casos de alcoolismo e toxicodependência). Apenas em situações que reflectam a perda de faculdades volitivas e intelectuais do beneficiário ao ponto de limitar a sua capacidade (ou seja, acompanhadas de patologias incapacitantes) é que se pode admitir uma intervenção do acompanhante como meio de suprir a sua incapacidade e não como instrumento de autoridade justificador de um tratamento compulsivo. A título de exemplo, vejam-se as decisões do BGH de 03.02.2016 (XII ZB 317/15. *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht* [beck-online] 2016, 513) e 18.07.2018 (XII ZB 167/18. *Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit* [beck-online] 2019, 24). Nesta última, o internamento foi justificado por que os consumos de álcool potenciavam a ocorrência de crises epilépticas, agravando a evolução da demência resultante do síndrome de Síndrome de Korsakoff. O tribunal conclui que, sem o confinamento, era expectável a ocorrência de quedas e danos físicos para o beneficiário que poderiam provocar a sua morte. Sobre este acórdão ver Andreas GIETL. „Geschlossene Unterbringung des alkoholkranken Betreuten und Einwilligungsvorbehalt“. *Neue Zeitschrift für Familienrecht* (2018) 22. p. 1054. Como nota Dodegge a medida só pode ser justificada nos casos em que haja um perigo iminente para os interesses próprios do beneficiário e desde que associado a uma patologia que afecta a sua capacidade de decidir autónoma e responsabilmente (“Die Entwicklung des Betreuungsrechts bis Ende Juli 2015”. *Neue Juristische Wochenschrift* 37 (2015) 2701).

<sup>2</sup> Como notam José Ribeiro de Albuquerque / Margarida Paz, «não se percebe qual o objectivo deste «internamento», sobretudo quando a Lei de Saúde Mental (...) estabelece os princípios gerais da política de saúde mental e regula o internamento compulsivo dos portadores de anomalia psíquica, designadamente das pessoas com doença mental (artigo 1.º). Esta matéria está rodeada das mais especiais cautelas, pois estão em causa os direitos fundamentais da liberdade e segurança, como resulta do artigo 27.º, n.º 3, alínea h) da [Constituição], que

## 2. O contexto legal. De onde surge o artigo 148.º do Código Civil

O novo artigo 148.º do Código Civil introduz a possibilidade do cuidador nomeado, no âmbito de uma relação jurídica civil, decidir sobre a possibilidade de internar um pessoa maior que beneficia de uma medida de acompanhamento. Não antecipando o que se pode entender ou incluir no conceito de internamento, podemos no entanto prever que neste conceito se inclui a ideia de sujeição do beneficiário a permanecer numa instituição, impossibilitando ou limitando a sua circulação, bem como a faculdade de residir no seu domicílio habitual. Falar em internamento encerra uma ideia de confinamento. A esta limitação da liberdade de movimentos, acresce a limitação à liberdade de autodeterminar os cuidados de saúde a receber. Isto é, pode também incluir-se no seu conceito ou, pelo menos, pressupor-se que ao internamento se associa tratamento médico compulsivo (sem consentimento do beneficiário).

À novidade da previsão de uma norma sobre o internamento (matéria que não era minimamente regulada de forma expressa no anterior regime de interdição e inabilitação), constatamos que não houve uma correspondente regulação adjectiva. Confrontando as alterações na lei adjectiva com a aprovação do instituto do maior acompanhado, verificamos que não existe nenhum processo ou incidente processual que regule especificamente esta autorização. Neste sentido, estaremos perante uma situação jurídica sujeita ao artigo 1014.º Código de Processo Civil<sup>3</sup>.

---

expressamente se refere ao «internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente»» (cf. *Adultos-Idosos dependentes ou especialmente vulneráveis*. Tomo II, Lisboa: Imprensa Nacional, 2018, 60).

<sup>3</sup> Poder-se-á, ainda, discutir a possível atribuição de competência ao Ministério Público, por aplicação do Decreto-Lei n.º 272/2001, 13.10, atento o teor do seu artigo 2.º, n.º1, alínea b), ultrapassando o problema da jurisprudência que entendia ser competência dos Tribunais, e não do Ministério Público, para autorizar os actos a realizar por tutor ou curador, no quadro do regime da interdição e inabilitação, isto é, antes da alteração protagonizada pela Lei n.º 49/2018, 14.08 (veja-se, nomeadamente, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Novembro de 2014, ECLI:PT:STJ:2004:04B3008.70, e de 9 de Julho de 2014, ECLI:PT:STJ:2014:1129.07.OTBAGH.A.LI.SI.5C, ambos disponíveis no sítio [jurisprudencia.csm.org.pt](http://jurisprudencia.csm.org.pt)). Uma vez que o teor da alínea b) do n.º 1,

Em termos de processo legislativo ter-se-á que ter em conta o anterior regime de interdição e inabilitação. Neste sistema, a principal preocupação do legislador, na égide da «incapacité de protection», era assegurar que aqueles que não tinham um padrão de capacidade volitiva e intelectual bastante para gerir os seus interesses patrimoniais e pessoais, teriam de ser substituídos por um tutor que, dotado de capacidade, estaria em condições de assegurar a correcta gestão dos seus interesses. Porque a pessoa não tinha capacidade, dever-se-ia confiar os seus assuntos a um terceiro que o substituía. E porque o substituía, as decisões tomadas pelo tutor seriam tomadas e sindicadas a partir de critérios do melhor interesse *objectivo*. Daqui resultava a remissão para o regime da tutela (artigo 1935.º, n.º 2 *ex vi* artigo 139.º anterior versão (a.v.) do Código Civil)<sup>4</sup>.

A preocupação com a privação da liberdade ou cuidados de saúde<sup>5</sup> eram matérias não expressamente reguladas na lei. Só nos

---

faz referência expressa a acompanhante, de pouco ou nenhum sentido faria esta referência num diploma que atribui competência ao Ministério Público, se fosse o tribunal *ab initio* o competente. Desta feita, temos de partir do pressuposto que o Ministério Público tem competência para os processos de autorização de actos do acompanhante. Contudo, se este entendimento pode valer para as situações de autorização em geral, já quanto à medida de internamento do artigo 148.º do Código Civil, não podemos perfilar esta interpretação. Por dois argumentos. Um diz respeito à expressa menção do artigo 148.º do Código Civil que a autorização é dada pelo tribunal («autorização expressa do tribunal»). O outro diz respeito ao objecto da autorização, a intromissão em direitos, liberdades e garantias do beneficiário. Aqui entra o limite inerente ao princípio da reserva de jurisdição quando a autorização a conferir atinge o âmbito dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, nomeadamente, os direitos ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1) e direito à liberdade (artigo 27.º, n.º 1), nos termos do artigo 202.º da Constituição. Daqui devemos concluir que a referência expressa a «tribunal» no artigo 148.º, n.º 1, como concretização material da reserva de jurisdição, devendo ser da competência exclusiva do tribunal determinar a proporcionalidade da medida de internamento.

<sup>4</sup> O critério «bom pai de família» acabou por ser o consagrado no artigo 146.º, n.º 1 do Código Civil, agora directamente sem remissão legal.

<sup>5</sup> Havia somente uma referência aos cuidados de saúde no artigo 145.º do Código Civil, o qual dispunha que recaí sobre o tutor, no caso da interdição, um dever especial de tutelar a saúde do interdito, prevenindo a possibilidade de alienação dos bens daquele. Mais do que falar num dever especial, que decorre, de forma natural, do conteúdo da tutela e do conjunto de poderes-deveres que recaem sobre o tutor, adjacentes à ideia de cuidado, seria falar na funcionalização

domínios patrimoniais, e por remissão ao instituto da tutela de crianças, se previa as situações de falta de legitimidade do tutor para realizar livremente actos que afectassem a esfera jurídica do interdito e somente quanto a determinados actos e dentro da tradicional dicotomia *mera administração – disposição* (artigos 1889.º, n.º 1 e 1938.º, n.º 1 do Código Civil).

Não que tal ausência de regulamentação não pudesse ser acau-telada ou regulamentada em outra sede, nomeadamente, nos termos da lei de saúde mental (o que abordaremos *infra*). O problema estava na interpretação do alcance da remissão para o regime da tutela e seu regime subsidiário, as responsabilidades parentais, para aferir dos limites do tutor e qual o papel a desempenhar pelo Conselho de Família<sup>6</sup>.

Numa perspectiva puramente formal, dentro da construção civilística asséptica aos direitos fundamentais, a condição do interdito era a de uma criança com menos de 7 anos. Não só o pressuposto da medida era a impossibilidade de exercício de direitos, como, uma vez decretada, a interdição suponha a nomeação de um tutor que teria total poder sobre os assuntos do interdito, ao ponto de se considerar que este era considerado inimputável para efeitos de responsabilidade civil (artigo 488.º, n.º 2 a. v. do Código Civil). Esta equiparação serve de contexto para compreender o estatuto que a pessoa maior adquiria a partir da sua interdição, por anomalia psíquica. Não que tal obstasse à possibilidade de aplicação do artigo 127.º do Código Civil por remissão do artigo 139.º a. v. do Código Civil, mas é o indicador que a consideração da capacidade remanescente ou interesses ou desejos do interdito seria de pouca relevância quanto à legitimidade de actuação do tutor na esfera jurídica daquele. A interdição significava que o maior seria incapaz

---

do património e da sua administração em prol do tratamento, recuperação e promoção de qualidade de vida do interdito.

<sup>6</sup> Sobre uma possível interpretação a respeito do problema do internamento do anterior regime ver o nosso – “Os poderes do representante legal nas situações de internamento «voluntário» à luz do direito português”. *Revista do Ministério Público* 35/138 (2014) 63-94. O artigo encontra-se integrado na obra colectiva: *Interdição e Inabilitação* [em linha], Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015, 161-184, disponível em: [www.cej.mj.pt](http://www.cej.mj.pt).

de agir juridicamente, pelo menos quanto à esfera patrimonial<sup>7</sup>. O tutor somente extravasaria os seus poderes-deveres e seria, por isso, responsável quando a sua actuação fosse contrária ao critério do «bom pai de família», uma vez que a incapacidade pressuponha a irrelevância de uma vontade viciada e fundante do estatuto de incapaz. A constituição da interdição, na prática, acabaria por pressupor um poder total sobre os interesses do interdito, uma vez que a interdição previa que as pessoas «se mostrem incapazes de governar suas pessoas e bens, por causa «anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira» (artigo 138.º a. v. do Código Civil). Não obstante, começou a questionar-se o alcance, eficácia e conformidade do regime das incapacidades previstos no Código Civil perante a Constituição e a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos as pessoas com deficiência<sup>8</sup>, em particular o âmbito da incapacidade resultante da interdição e qual a relevância a atribuir à vontade, interesses e desejos da própria pessoa. Para isso contribuíram os trabalhos do Conselho da Europa<sup>9</sup>, mas foi a Convenção das Nações Unidas que impôs, com o seu carácter vinculativo (artigo 8.º, n.º 2 da Constituição), a necessidade de mudança do paradigma legal. O que trouxe o recentrar do problema não somente para a invalidação dos actos realizados pelo interdito ou para os limites dos poderes-deveres do tutor para os actos de disposição em nome do interdito. Por um lado afasta-se a pré-concepção de que a medida de salvaguarda tenda que pressupor a incapacidade e substituição do beneficiário, bem como o objecto da relação jurídica de maior acompanhado é determinado caso-a-caso a partir das concretas e específicas necessidades do beneficiário (o chamado *fato à medida*) e, por último, a relação é construída

<sup>7</sup> Cf. Werner FLUME. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Das Rechtsgeschäft*, vol. 2/1, 3. Ed. Berlin: Springer, 1979, 183.

<sup>8</sup> A Convenção foi aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, 30.07 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, 30.07. Portugal aderiu ainda ao Protocolo Opcional à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adoptado em Nova Iorque em 30.03. 2007, aprovado Resolução da Assembleia da República n.º 57/2009, 30.07 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 72/2009, 30.07.

<sup>9</sup> Recomendação R(99)4 do Comité de Ministros aos Estados-Membros sobre os princípios respeitantes à protecção jurídica de adultos com incapacidade e Recomendação Rec(2004)10 do Comité de Ministros aos Estados-Membros sobre a protecção dos direitos humanos e a dignidade das pessoas com perturbações mentais.

como instrumento de promoção e garantia dos direitos fundamentais do beneficiário, através do aquartelar do exercício dos poderes de cuidador em benefício do beneficiário a partir da vontade e interesses subjectivos deste. A isto acresce a limitação da intervenção em domínios nucleares dos direitos, liberdades e garantias da pessoa que colocam a tónica no que pode o tutor fazer. A eficácia daqueles direitos na relação interna e externa de tutela convoca a chamada a participar da pessoa, bem como a judicialização (à semelhança do que já ocorre nos actos patrimoniais de disposição) dos limites da acção do tutor sobre a pessoa.

No dealbar da inelutável necessidade de revisão do Código Civil surgiram duas propostas. Em primeiro lugar, a do Centro de Direito da Família, denominada «Proposta de Lei sobre a Condição Jurídica das Pessoas Maiores em Situação de Incapacidade»<sup>10</sup>:

«Artigo 156.º-F

Internamento e restrição da liberdade

1. Só com autorização judicial pode o curador tomar a decisão de internamento que implique limitação ou privação de liberdade e desde que se preencham cumulativamente os seguintes requisitos:

- a) O internamento seja em instituição adequada;
- b) O curatelado careça da capacidade de entender e querer necessária para avaliar o sentido e alcance da recusa do internamento;
- c) A ausência de internamento implique um grave perigo para a sua vida ou integridade física;
- d) O internamento seja necessário para garantir os seus interesses.

2. Em casos de urgência, a decisão de internamento para a qual o curador não tenha obtido a necessária autorização pode ser confirmada judicialmente preenchidos os pressupostos do número anterior.

3. Uma vez removido o perigo ou se a situação não for revista judicialmente, no prazo máximo de 30 dias, a decisão do curador deixa de produzir efeitos.

4. Os números anteriores aplicam-se, com as necessárias adaptações, as medidas limitativas da liberdade, incluindo medidas de contenção física, quando estas não sejam temporárias.»

Por sua vez, na sequência deste último projeto e partindo dele, o artigo 148.º do Estudo legislativo, denominado «Da situação do maior acompanhado – estudo de política legislativa relativo a um

<sup>10</sup> Disponível em: <http://www.centrodedireitodafamilia.org/relatórios/2017>.

novo regime das denominadas incapacidades dos maiores», inclui no mesmo número, como se fossem âmbito de intervenção sobre a esfera do beneficiário equivalentes, o internamento e medidas anti-concepcionais<sup>11</sup>:

- «1. O internamento do maior acompanhado bem como a aplicação de medidas anti-concepcionais dependem de autorização expressa do tribunal.
2. Em caso de urgência, o internamento pode ser imediatamente solicitado pelo acompanhante, sujeitando-se à ratificação do juiz.».

Como justificação para esta norma, os autores do estudo afirmaram que o internamento civil visa *complementar* o regime do internamento compulsivo consagrado na Lei de Saúde Mental, *enquanto referência mínima*. Na mesma norma, os autores do projecto incluíram duas matérias sensíveis sem que na sua construção dispusessem ou concretizassem os pressupostos que justificariam a tomada de decisão do acompanhante e os poderes de sindicância do tribunal. A norma aparece assim em branco, não ocorrendo qualquer densificação mínima da sua *ratio* e pressupostos que guiem o tribunal a conceder ou não a autorização de que depende a legitimidade da intervenção.

Atendendo à particular importância da questão e aos efeitos restritivos da medida, a indeterminação dos pressupostos que levam à justificação da autorização tornam a situação do beneficiário permeável a situações de imprevisível aplicação e de insegura interpretação. Em último termo, existe a séria possibilidade de com a plasticidade da lei se incorrer no sério risco de violação de direitos fundamentais. Por exemplo, admite-se a decisão de internamento contra a vontade do beneficiário? Quais os prazos de duração do internamento? A decisão pressupõe igualmente poderes de decisão para cuidados de saúde? Ou seja, o internamento assume finalidades terapêuticas, à semelhança do previsto na Lei de Saúde Mental? E porque apenas se regula o internamento? Por que não outras questões relevantes quanto à determinação dos limites na ingerência da esfera jurídica do beneficiário, como as que envolvem a planeamento familiar (interrupção voluntária da gravidez, acesso

---

<sup>11</sup> Disponível no sítio do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público: [www.smmp.pt](http://www.smmp.pt).

a contraceptivos), acesso a dados pessoais, fixação de residência? A este respeito, não podemos deixar de dar conta da versão do projecto da Lei n.º 49/2018, 14.08, referia «medidas anti-concepcionais», com a amplitude que tal noção implicaria e, em especial, por terem mantido intocado o artigo 142.º do Código Penal<sup>12</sup>.

Perante as críticas à formulação da norma quanto à inclusão das «medidas anti-concepcionais», a versão final do artigo 148.º aprovada quedou-se na seguinte versão:

- «1 – O internamento do maior acompanhado depende de autorização expressa do tribunal.
- 2 – Em caso de urgência, o internamento pode ser imediatamente solicitado pelo acompanhante, sujeitando-se à ratificação do juiz.»

Reportando-nos, ainda, ao projecto de lei e respetivas anotações, é dito pelos seus autores que «o acompanhado pode sofrer de um *minus* de vontade, mas apenas convenientes para os familiares ou alguns deles», como pressupondo a necessidade de sindicar a

---

<sup>12</sup> Sobre a apreciação crítica ao projecto formulado pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida o Parecer N.º 100/CNECV/2018 sobre o Estatuto do Maior Acompanhado [disponível no sítio <https://www.cnecv.pt/>]. p. 10 e p. 16. Neste são formuladas as seguintes dúvidas:

«h) A proposta de redação para o artigo 148.º (“Internamento e medidas anticoncepcionais”) representa, objetivamente, uma agressão aos direitos fundamentais das pessoas. Com efeito, não existe qualquer justificação para ser de exigir que o recurso a métodos anticoncepcionais possa depender de autorização judicial. Não é concebível que a proposta se quisesse referir à esterilização ou à interrupção da gravidez, que não são meios anticoncepcionais. Se fosse esse o caso, contudo, tal deveria constar expressamente do preceito, explicitando-se as condições em que estas se poderiam realizar. No que se refere ao “internamento”, a formulação é muito imprecisa, pois dever-se-ia distinguir o tipo de internamento e o grau de necessidade de acompanhamento da pessoa, tendo em conta as instituições e recursos atualmente disponíveis.

i) É desadequada a previsão, neste contexto de uma disposição relativa a “internamento e medidas anticoncepcionais”, questões que relevam no âmbito das decisões em matéria de saúde, em que existe legislação específica;

(...)

Não é concebível que a proposta se quisesse referir à esterilização ou à interrupção da gravidez, que não são meios anticoncepcionais. Se fosse esse o caso, contudo, tal deveria constar expressamente do preceito, explicitando-se as condições em que estas se poderiam realizar.»



própria decisão do beneficiário no caso da prestação do seu consentimento. Contudo, tal não esclarece o propósito desta norma no âmbito no novo instituto, atenta a formulação vaga do mesmo. Este internamento é possível mesmo nas situações em que o beneficiário seja capaz? A autorização exige-se quando seja o próprio beneficiário a pedir? Ou somente quando seja o acompanhante? O internamento pressupõe a realização de terapêutica associada ou basta o internamento *per se*, enquanto medida de confinamento? E permite esta norma permite o internamento, bem como o tratamento, a se incluir no seu âmbito, compulsivo?

Debruçando-nos sobre estas dúvidas tentaremos dar alguma luz e sentido ao artigo 148.º do Código Civil.

### **3. A Convenção das Nações Unidas e a posição do Comité. A interpretação dinâmica da Convenção Europeia dos Direitos Humanos**

Torna-se pertinente aferir a posição do Comité a respeito das possibilidades de internamento e tratamento compulsivo, em particular a partir da interpretação do artigo 14.º da Convenção. No Comentário Geral n.º 1 (2014), o Comité deixa clara a sua posição a favor da promoção de um sistema alternativo ao internamento e tratamento compulsivo. Naquele deve ser assegurada a faculdade de decisão do beneficiário, o que significa o reconhecimento de capacidade bastante para se autodeterminar, nos termos do artigo 12.º, promovendo decisões a partir do consentimento informado do beneficiário<sup>13</sup>. O que toma particular acuidade quanto à discriminação da mulher, que se liga ao artigo 15.º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as

---

<sup>13</sup> Cf. para 42.: «Forced treatment is a particular problem for persons with psychosocial, intellectual and other cognitive disabilities. States parties must abolish policies and legislative provisions that allow or perpetrate forced treatment, as it is an ongoing violation found in mental health laws across the globe, despite empirical evidence indicating its lack of effectiveness and the views of people using mental health systems who have experienced deep pain and trauma as a result of forced treatment. The Committee recommends that States parties ensure that decisions relating to a person's physical or mental integrity can only be taken with the free and informed consent of the person concerned. »

Mulheres, nos domínios de planeamento familiar, com o risco de esterilização ou mesmo controlo em questões de saúde reprodutiva<sup>14</sup>.

Em termos de conclusões e recomendações feitas aos Estados membros, destacam-se os princípios de assegurar a escolha livre do beneficiário, promoção de vida independente e restrições a escolhas impostas de residência ou medidas de acolhimento institucional<sup>15</sup>, promoção e prevalência das decisões de tratamento e institucionalização serem objecto adesão e consentimento informado do beneficiário<sup>16</sup>, e o respeito pela autonomia, vontade e interesses manifestados pelo beneficiário, incluindo-se nos domínios dos cuidados de saúde<sup>17</sup>.

Na 12.<sup>a</sup> Sessão, o Comité da Convenção concluiu, a respeito do artigo 14.º, que esta norma proíbe, de forma absoluta, a detenção com fundamento na deficiência e defendeu a interpretação não é admissível impor um internamento e tratamento de um pessoa com deficiência com fundamento exclusivo num juízo de perigo<sup>18</sup>. Por sua vez, na 14.<sup>a</sup> Sessão, o Comité apresentou novas directrizes sobre

<sup>14</sup> Cf. para. 35.

<sup>15</sup> Relatório Dinamarca CRPD/C/DNK/CO/1 Para. 43: «The Committee recommends that the State party end the use of State-guaranteed loans to build institution-like residences for persons with disabilities; that it amend the legislation on social services so that persons with disabilities may freely choose where and with whom they live, while enjoying the necessary assistance to live independently; and that it take measures to close existing institution-like residences and to prevent the forced relocation of persons with disabilities, in order to avoid isolation from the community.»

<sup>16</sup> Neste sentido Conclusões da Bélgica CRPD/C/BEL/CO/1, para. 29; Conclusões da Alemanha CRPD/C/DEU/CO/1, para. 38 (b).

<sup>17</sup> Conclusões da Áustria CRPD/C/AUT/CO/1, para. 28.

<sup>18</sup> Cf. Michael PERLIN/ Eva SZELI. “Article 14: Liberty and Security of Person”. in *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Oxford Commentaries on International Law*, Oxford: OUP, 2018, 410. A posição que este assume vai inclusive contra os mecanismos de internamento compulsivo previstos no âmbito das leis de saúde mental. UN Doc CRPD/C/SWE/CO/1 (12.05.2014) para. 35. No mesmo sentido UN Doc CRPD/C/AUT/1 (30.09.2013) para 29. No entanto a total eliminação de mecanismos de internamento quando a pessoa represente um perigo para si e para os outros, pode colocar em causa a salvaguarda dos seus próprios interesses, tendo em consideração a viciação da vontade resultante da sua condição e não da condição *per se*. Veja-se, a título crítico, Bernadette McSHERRY. “Mental Health Laws: where to from here?”. *Monash University Law Review* 40 (2014) 175. 197; e IDEM / Kay WILSON. «Detention and treatment down under:

a interpretação do artigo 14.º, em particular para uma intervenção em sede de prevenção e promoção da saúde e direitos do beneficiário, mais do que na reacção e contenção<sup>19</sup>.

A importância da Convenção das Nações Unidas é tanto maior quando conexcionada com a interpretação do artigo 5.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Em particular numa área tão sensível onde se tende a secundarizar os interesses do beneficiário com vista a acautelar os interesses da comunidade, passando a admitir uma intervenção securizante, mais do que inclusiva e terapêutica<sup>20</sup>. Interna-se e trata-se para compensar e conter perigos e não para fomentar a autonomia e bem-estar do beneficiário. Como notam Perlin e Szeli, deve ser feita uma leitura a partir de uma grau de concretização da protecção das pessoas com deficiência determinado pelo artigo 14.º da Convenção, devendo este ser visto como um reforço da universalidade dos direitos de liberdade protegidos pela Convenção Europeia, bem como como a necessidade de um maior escrutínio na privação de liberdade das pessoas com deficiência<sup>21</sup>. Deve haver uma valoração global e dinâmica dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência que levam a uma alteração real do paradigma, incluindo a necessidade de uma actualização na

---

human rights and mental health laws in Australia and New Zealand». *Medical Law Review* 19 (2011) 548-580. p. 574-575.

<sup>19</sup> Cf. Michael PERLIN/ Eva SZELI. “Article 14: Liberty and Security of Person”. 411.

<sup>20</sup> A interligação entre instrumentos foi vincada pela intervenção dos *Amicus Curiae* do European Disability Forum, the International Disability Alliance and the World Network of Users and Survivors of Psychiatry) no caso *Mihailovs c. Letónia*, n.º 35939/10, para. 124 (ECLI:CE:ECHR:2011:1124JUD000464608).

<sup>21</sup> Michael PERLIN/ Eva SZELI. “Article 14: Liberty and Security of Person”. 407; e Letónia §126 (ECLI:CE:ECHR:2013:0122JUD003593910). Assim também se pronunciou o Juiz Sajó, no caso *Ruiz rivera c. Suíça*: «La CIDPH représente une révolution conceptuelle majeure en reconnaissant que les personnes handicapées ne doivent pas simplement être considérées comme les bénéficiaires d’organisations caritatives ou de soins médicaux, mais aussi en tant que détenteurs de droits ayant une « dignité humaine intrinsèque, méritant d’être protégée à l’égal de celle d’autres êtres humains ». La révolution conceptuelle vers une approche du handicap fondée sur les droits et consacrée par la CIDPH comporte des défis potentiels pour les cadres juridiques régissant actuellement le placement involontaire et le traitement involontaire. Les conséquences de cette révolution sont considérables.» (ECLI:CE:ECHR:2014:0218JUD000830006).

interpretação do artigo 5.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

#### **4. O sistema de salvaguarda de interesses da pessoa com deficiência**

##### **4.1. Binómio: autodeterminação-protecção**

A liberdade e autodeterminação não são absolutas. Há situações em que se justifica – diríamos, se exige – a protecção do beneficiário contra os seus próprios comportamentos lesivos, contudo sempre em situações limite e sempre no respeito pelo princípio da legalidade e proporcionalidade em sentido amplo<sup>22</sup>. A possibilidade de um internamento pressupõe a restrição ou privação da liberdade do beneficiário, pelo que a se reconhecer ao acompanhante tais poderes estar-se-á a admitir o exercício de poderes de verdadeira *autoridade* que constroem a autodeterminação e liberdade do beneficiário, ao pressupor uma relação de subordinação deste.

Poder-se-á dizer que estes poderes-deveres de autoridade resultam da necessidade protectiva do beneficiário que se auto-coloca em perigo, por causa da sua falta de capacidade e, como tal, justifica e impõe uma medida contra a sua vontade. Pela falta ou limitação de uma vontade sã, a autoridade do acompanhante justificar-se-ia – seria, em certo sentido até necessária – como meio de assegurar que os interesses do beneficiário não serão lesados pelo seu próprio comportamento, porquanto não seriam expressão autêntica da sua autodeterminação. A vontade viciada redundaria numa incapacidade de facto para o beneficiário se autodeterminar e, por isso, à margem da competência para aquele afirmar autonomamente a sua esfera de interesses.

Ora, quando nos emaranhamos nos fundamentos e limites de uma intervenção de amparo dos interesses de uma pessoa maior, temos de atender, nas palavras de Volker Lipp, à tríade que materializa um sistema assente no reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência: proibição de discriminação

---

<sup>22</sup> Veja-se a este respeito o acórdão do Tribunal Constitucional alemão, de 07.10.1981 (2 BvR 1194/80), *Neue Juristische Wochenschrift* (1982) 691-694.

em razão da deficiência, reconhecimento do direito à autodeterminação e a garantia de uma igual capacidade jurídica de gozo e de agir, acoplada às obrigações negativa e positiva do Estado em respeitar estes direitos e assegurar e efectivar a sua protecção perante terceiros. É este o substracto do sistema de salvaguarda dos interesses das pessoas e a partir do qual se deve interpretar e conformar o sistema legal, quer na sua perspectiva objectiva, quer na sua aplicação em concreto<sup>23</sup>.

É neste conspecto que se traça a tensão dialéctica entre autodeterminação e protecção: primeiro, entre a fundamentação da necessidade de intervenção e a autodeterminação da pessoa para cuidar dos seus interesses; segundo, na determinação do conteúdo dos poderes de cuidado, face aos espaços de autodeterminação e dignidade da pessoa humana, ou seja, a ingerência estadual ou de um terceiro na esfera pessoal<sup>24</sup> dos interesses da pessoa<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Volker LIPP. „Betreuungsrecht und UN-Behindertenrechtskonvention“. *FamRZ* (2012) 669-679. p. 676: afirma este autor que o cuidador deve, no exercício dos seus poderes-deveres, observar o princípio da necessidade e do primado da autodeterminação. Ao cuidado exige-se, por isso, a materialização das condições de facto que permitam uma autodeterminação jurídica do beneficiário. Ou seja, antes de agir, o cuidador deve atender à necessidade do seu acto e em que medida é que o mesmo promove e assegura que seja uma decisão do próprio beneficiário ou enquanto concretização da vontade e os interesses subjectivos deste. Isto mesmo nos casos em que se tenha atribuído poderes de representação ao cuidador. A representação, tal como sucede na representação voluntária, não é um instrumento de negação (renúncia) à autonomia do representado, antes um mecanismo de realização desta. O dever de cuidado emergente da relação de acompanhamento pressupõe sempre o auxílio na tomada de decisão, relegando o uso de poderes de representação somente em sede de *ultima ratio*. Ao acompanhante exige-se uma função de agente dos interesses do beneficiário e não de substituto deste.

<sup>24</sup> O termo *pessoal* acima empregue refere-se não à tradicional dicotomia entre esfera pessoal e patrimonial, mas sim ao espaço de autodeterminação da pessoa quanto aos seus interesses e assuntos, independentemente da sua natureza patrimonial ou pessoal. Diz, portanto, respeito à competência intelectual e volitiva de decisão sobre a sua vida.

<sup>25</sup> As dificuldades num sistema de protecção de adultos residem na delimitação da intervenção estatal sobre a pessoa (assim identifica Volker NEUMANN, “Freiheitssicherung und Fürsorge im Unterbringungsrecht”, *NJW* (1982) 2590). Por altura da reforma do direito alemão, em 1992, já Claus-Wilhelm Canaris alertava para as dificuldades de conformação constitucional de um

Não se pode ignorar que, em determinadas situações, a possibilidade de privação de liberdade pode ser o único meio possível e adequado a controlar situações de auto-colocação em perigo de vida ou para a integridade física. As situações em que a capacidade do beneficiário se apresenta contaminada por falta ou limitação das suas capacidades cognitivas podem e devem justificar uma intervenção protectora da pessoa, desde logo, enquanto obrigação positiva de protecção das pessoas vulneráveis a cargo do Estado. No entanto, tal não deve toldar o juízo de que não se pode avançar com tutelas preventivas fundadas em meros juízos de prognose, é necessário aferir da iminente danosidade resultante do previsível comportamento do beneficiário. E é o traço dos limites desta intervenção que deve ser fundada a justificação de uma decisão que implique a restrição dos direitos fundamentais, sempre assente no respeito pela autodeterminação responsável do beneficiário na autotutela dos seus interesses. Desta forma, a previsão do artigo 148.º do Código Civil deve ser enquadrada como instrumento de legitimação dos poderes-deveres de cuidado do acompanhante e não como veículo de autoridade. Tal decisão deve ser vista como *ultima ratio* para garantia dos direitos do beneficiário, cabendo ao tribunal, através critérios neutros face à mera condição de deficiência, assegurar a sua aplicação não discriminatória, ou melhor, que garanta a igualdade de tratamento das pessoas com deficiência<sup>26</sup>. Isto é, a autorização judicial deve ser

---

sistema de protecção para adultos (cf. “Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht”, JZ (1987) 993 e 996).

<sup>26</sup> Cf. UN Doc A/HRC/10/48 (26.01.2009) para 48. Peter BARTLETT. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Future of Mental Health Law. *in* Psychiatry. 8 (2009) 12. 496-498. p. 498: «Legislation authorizing the institutionalization of persons with disabilities on the grounds of their disability without their free and informed consent must be abolished. This must include the repeal of provisions authorizing institutionalization of persons with disabilities for their care and treatment without their free and informed consent, as well as provisions authorizing the preventive detention of persons with disabilities on grounds such as the likelihood of them posing a danger to themselves or others, in all cases in which such grounds of care, treatment and public security are linked in legislation to an apparent or diagnosed mental illness».

Conclusões do Comité, UN Doc CRPD/C/ESP/CO/1 (19.10.2011) para 36. Ver ainda o trabalho da Agência Europeia dos Direitos Fundamentais (FRA

concedida perante a ausência de autodeterminação do beneficiário e para remover um perigo por este criado, enquanto medida necessária a assegurar o seu interesse deste e não como medida avançada de prevenir danos por causa da deficiência.

A liberdade deve ser entendida como garantia contra a total ou parcial privação da liberdade, quer enquanto confinamento compulsório a um espaço limitado (p. ex. hospital, casa de saúde, etc.), quer quanto limitação ou restrição de deslocação da pessoa de ou para lugar que seja jurídica e facticamente acessível<sup>27</sup>, pelo que não se pode admitir uma intervenção contrária à vontade eficaz do beneficiário que se opõe ao internamento. Àquele deve garantido o direito de defesa face a intervenções não consentidas, mesmo nos casos em que sejam conformes ao melhor interesse objectivo do beneficiário. O acompanhante, por mais bem intencionado que seja, na ausência de pressupostos legais expressos que permitam a restrição da capacidade, não tem o poder de derrogar a decisão autodeterminada do beneficiário, na medida em que os poderes-deveres assim exercidos vão contra a representação autêntica do beneficiário.

#### **4.2. A finalidade da medida de internamento no âmbito da relação jurídica de acompanhamento**

O internamento pode resultar por dois motivos: necessidade médica ou social. Na primeira, está em causa a realização de uma terapêutica medicamente indicada, a segunda, diz respeito a medidas de contenção com vista a remover uma situação de auto-colocação em perigo do beneficiário para os seus próprios interesses ou para terceiros. Seja qual for o motivo, é inquestionável que o internamento só pode ser cogitado como medida que se funda na necessidade de salvaguardar os interesses do beneficiário, enquanto instrumento adequado para esse fim. Isto significa que os fundamentos

---

– EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. «Involuntary Placement and Involuntary Treatment of Persons with Mental Health Problems», 2012. p. 16, disponível em: <https://fra.europa.eu>).

<sup>27</sup> Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS. *Constituição Portuguesa anotada*. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2005. 303; Günter DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar Werkstand*. Art. 104 Rn. 5-12. [beckonline] Rn. 5; Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 478.

e limites da intervenção serão os mesmos, apenas graduando o fundamento justificador da decisão em função da restrição que representa o internamento para os direitos fundamentais do beneficiário. E, nesta medida, atento os artigos 5.º, 12.º e 14.º da Convenção, não se poderá deixar de ver a necessidade da medida adstrita a uma função de *ultima ratio*, devendo sempre prevalecer o recurso a medidas que sejam a realização da vontade do beneficiário. Estas deverão ser a expressão autêntica da sua pessoa, quer através da obtenção do seu consentimento, adesão ou cumprimento de directivas antecipadas de vontade.

Por isso, ter-se-á que ter em conta a finalidade do internamento e entender que, dependendo da situação do beneficiário, o mesmo se pode apresentar como medida de contenção necessária, mesmo que não haja terapêutica disponível. No entanto, a justificação para a restrição assenta, quanto à medida de internamento do artigo 148.º do Código Civil, na salvaguarda de interesses exclusivos do beneficiário e por falta de capacidade deste para decidir responsabilmente. Uma vez que na lei não são concretizados quais os pressupostos da intervenção do acompanhante na limitação da liberdade do beneficiário, ter-se-á que partir para uma interpretação que assegure os princípios estruturais do instituto: igual capacidade e dignidade da pessoa com deficiência e respeito pela sua autodeterminação<sup>28</sup>. A pretensão complementaridade da medida do artigo 148.º do Código Civil com o internamento compulsivo terá que ser estabelecida a partir da legitimidade da decisão do acompanhante por oposição ao carácter compulsório do internamento e tratamento previsto na Lei de Saúde

---

<sup>28</sup> A exigência de densificação das normas restritivas é condição para justificar um interferência nos direitos fundamentais de uma pessoa, não podendo a margem de apreciação dos tribunais substituir-se à tarefa do legislador, sob o qual reside a legitimidade democrática de balizar os limites da intervenção restritiva aos direitos fundamentais em função de interesses que visa acautelar. O não cumprimento destas exigências, que no nosso caso se encontram prescritas no artigo 18.º, n.º 2 da Constituição, exige uma interpretação benigna da lei, no caso, conforme a Constituição, que assegure que o espaço de actuação do acompanhante seja enquanto móbil de inclusão do beneficiário e como tal, atento o modelo consagrado no artigo 12.º, n.º 3 da Convenção das Nações Unidas, pelo que não pode o acompanhante se substituir ao beneficiário, nem decidir por interesses que não sejam subjectivamente seus.



Mental<sup>29</sup>. Esta possibilidade resulta de situações de especial vulnerabilidade do beneficiário e com vista a acautelar os seus interesses perante uma decisão que interfere com os direitos deste. Fica, no entanto, por determinar se o perigo e correspondente medida para o remover podem pressupor a realização de um tratamento médico.

E é aqui que se coloca o problema maior.

A compressão da autodeterminação do beneficiário não é um fundamento legal para a tomada de medida no quadro do instituto de maior acompanhado de internamento e tratamento compulsivo. Prevalendo o princípio da plena e igual capacidade, a possibilidade de um tratamento contra a vontade do beneficiário só pode ser possível dentro de um quadro legal expresso que corporize os pressupostos e limites de tal medida, quer em termos substantivos, quer processuais<sup>30</sup>.

No ordenamento jurídico português tal só ocorre no âmbito da Lei de Saúde Mental<sup>31</sup>. Por isso, não se pode admitir a atribuição de poderes de autoridade ao acompanhante ou previsão de incapacidade para o beneficiário decidir sobre a sua saúde, tão só, para assegurar instrumentos que supram a falta ou limitação de capaci-

---

<sup>29</sup> Por princípio o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não coloca em causa a possibilidade de internamento, ainda que o Comité da Convenção das Nações Unidas tenda a considerar que o internamento, com fundamento somente no perigo, se consubstancia numa violação da dignidade da pessoa com deficiência e sua conseqüente discriminação, não podendo ser legalmente admitido. Sobre esta questão ver FRA – EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. «Involuntary Placement», 16; e num enquadramento do quadro jurídico dos Estados membros da União Europeia ver as pp. 29-40.

<sup>30</sup> Os requisitos de lei formal não podem, desta forma, ser minorizados pois são instrumentos de garantia a favor do titular dos direitos fundamentais e demarcam os limites da intervenção lícita do Estado. Assim, vale a tríplice exigência de previsão de lei formal (princípio da legalidade), subsidiariedade e proporcionalidade da medida de tratamento compulsivo (cf. João LOUREIRO. “Sida e discriminação social – escola, habitação, imigração, rastreio obrigatório, isolamento clínico, tratamento forçado”. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. 3 (2005)).

<sup>31</sup> Em termos de paralelo com o sistema alemão, a ausência de norma legal expressa, significa a impossibilidade de justificar tratamento contra a vontade do beneficiário, por respeito aos artigos 2 II e 104 I da Constituição alemã. A este respeito veja-se BGH (BGH, Beschluß vom 11. 10. 2000 – XII ZB 69/00 (Hamm). *Neue Juristische Wochenschrift* (2001) 888; e Volker LIPP. „Betreuung und Zwangsbehandlung“. *JuristenZeitung* 61 (2006) 13. p. 661-665.

dade para a tomada de decisão. O que implica um juízo circunscrito ao acto e ao momento de realização do mesmo. E, neste conspecto, não se pode ignorar a própria evolução do quadro legislativo alemão (instituto em que os autores do estudo legislativo se ancoraram, em parte, para a construção do instituto de maior acompanhado<sup>32</sup>) onde a previsão de tratamento compulsivo só ocorre com a alteração de 2013 da §1906 BGB<sup>33</sup> e, para os tratamentos compulsivos sem internamento, em 2017, com a inclusão da §1906a BGB, onde se admite tratamentos compulsivos fora do quadro de internamento<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Estudo legislativo «Da situação do maior acompanhado – estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores», p. 103.

<sup>33</sup> O entendimento dos tribunais alemães acabou por afastar a licitude do tratamento médico se contrário à vontade do beneficiário. Vejam-se os acórdãos de 08.08.2012 e 20.06.2012 do BGH, onde se retiram as consequências do acórdão do Tribunal Constitucional de 23.03.2011 (XII ZB 671/11. *Neue Juristische Wochenschrift* (2012) 3234 e XII ZB 99/12. FGPrax 2012, 270, respectivamente). Ver ainda Volker LIPP. „Zur Zwangsmedikation auf betreuungsrechtlicher Grundlage“. *MedizinRecht* 31 (2013) 39-44, em esp. 43-44.

Contudo, o Comité não deixa de vincar a necessidade de assegurar e promover «(b) Ensure that all psychiatric treatments and services are always delivered with the free and informed consent of the individual concerned» para. 38. CRP-D/C/DEU/CO/1. Assume uma posição bastante restritiva da possibilidade de internamento, mesmo nos casos que integram a Lei de Saúde Mental.

<sup>34</sup> Através da aprovação da „Gesetz zur Änderung der materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen von ärztlichen Zwangsmaßnahmen und zur Stärkung des Selbstbestimmungsrechts von Betreute“. *Bundesgesetzblatt Jahrgang* (2017) Teil I Nr. 48, publicado em 21.07.2017. p. 2426. Na §1906a elencam-se como pressupostos para o internamento e tratamento compulsivo: os poderes-deveres de o cuidador autorizar cuidados de saúde no interesse do beneficiário, a falta de capacidade do beneficiário para representar a necessidade dos cuidados de saúde, a impossibilidade de obter a adesão deste para aceitar os cuidados de saúde, a adequação do internamento como meio idóneo a assegurar o bem-estar e saúde do beneficiário para evitar um iminente e relevante dano à saúde do beneficiário, concatenado com a inexistência de meios alternativos idóneos a alcançar tal fim, assegurando que, no teste de custo-benefício, existam mais vantagens com a realização da intervenção face a uma não intervenção, devendo tal intervenção ser aprovada pelo tribunal. Aos requisitos legais acresce a posição do Tribunal Constitucional alemão da necessidade de concretização e previsão do tipo de cuidados de saúde a prestar, duração e possibilidade de revisão da medida. Sobre os pressupostos ver, entre outros, Angie SCHNEIDER. „BGB § 1906a Genehmigung des Betreuungsgerichts bei ärztlichen Zwangsmaßnahmen“.

Cabe determinar a diferença entre decisões de internamento e decisões de cuidado de saúde, uma vez que estando em causa decisões tomadas por um terceiro que bulem com a liberdade e autodeterminação do beneficiário, a ausência de expressa previsão legal a título de cuidados de saúde torna inadmissíveis quaisquer decisões contrárias à vontade do beneficiário. Mesmo quanto ao internamento, não se podem admitir decisões fundadas somente no melhor interesse por ausência de fundamento legal que justifique uma intervenção restritiva<sup>35</sup>. O artigo 148.º do Código Civil coloca-se a jusante da posição jurídica do beneficiário, uma vez que só pode ser chamado a intervir o acompanhante perante a necessidade de substituir o beneficiário na tomada de decisão de internamento e, por isso, visa estabelecer quais os limites dos poderes-deveres dos acompanhantes quanto às decisões que interferiam com a liberdade do beneficiário. Há um duplo limite, o resultante da oposição eficaz do beneficiário porque capaz ou contrário aos interesses por ele manifestados e a verificação do controlo da proporcionalidade decorrente da justificação de uma intervenção decidida por alguém que detém sobre o beneficiário um poder de facto de o subordinar a uma decisão estranha a este.

O fato à medida que se pretende alcançar com a decisão de delimitação do âmbito do acompanhamento é feito em termos de medida de apoio à decisão nos termos acima expostos e não de substituição, pelo que só numa falha de capacidade é que pode determinar uma intervenção isolada do acompanhante, sempre vinculada aos interesses subjectivos do beneficiário. A vontade viciada do beneficiário corresponde, por isso, a uma condição necessária a

---

*in Münchener Kommentar zum BGB*. 8. Aufl. 2020 [beck-online]; Rolf MARSCHNER, „BGB § 1906a Genehmigung des Betreuungsgerichts bei ärztlichen Zwangsmaßnahmen“. *in* JÜRGENS, *Betreuungsrecht*. 6. Aufl. 2019 [beck-online]; Andrea SPICKHOFF, „BGB § 1906a Genehmigung des Betreuungsgerichts bei ärztlichen Zwangsmaßnahmen“. *in* *Medizinrecht*. 3. Aufl. 2018 [beck-online].

<sup>35</sup> Por isso, na problemática interpretação do internamento e tratamento em ambulatório, o BGH concluiu que não era possível estender a §1906 II para as situações que não configurassem tratamento em internamento e por motivos estranhos à condição de saúde mental da beneficiária (cf. Beschluß vom 11. 10. 2000 – XII ZB 69/00 (Hamm). *Neue Juristische Wochenschrift* (2001) 888). Ver ainda Volker LIPP, „Erwachsenenschutz und Verfassung – Betreuung, Unterbringung und Zwangsbehandlung“. *FamRz* 12 (2013) 913.

justificar a intervenção do acompanhante sobre a esfera de interesses pessoais do beneficiário, sem contudo deixar de estar vinculada à vontade e interesses deste, na medida em que eles são o critério para uma tomada de decisão responsável. O facto de a pessoa maior beneficiar de acompanhamento não limita o seu direito e liberdade para a doença, ou seja, a faculdade de consentir e dissentir cuidados de saúde mantém-se na estrita medida da sua capacidade de facto para decidir autonomamente.

#### **4.3. Restrição ao direito à liberdade: a interpretação do artigo 27.º da Constituição**

Face ao aqui exposto, cabe determinar qual o do âmbito de protecção do direito fundamental à liberdade, tal como se encontra consagrado no artigo 27.º da Constituição, e se o artigo 148.º do Código Civil se enquadra numa das hipóteses nele previstas, ou se não é necessário.

Atendendo ao facto do alcance de uma medida de internamento bulir com o núcleo essencial do direito à liberdade, é inquestionável que estamos num domínio sob a reserva de decisão judicial, bem como sob a égide do princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade<sup>36</sup>. A possibilidade de internamento «civil», atento o artigo 27.º, n.º 3 da Constituição, não se encontra, pelo menos de forma directa (atendendo ao teor literal da alínea h)) previsto.

A este respeito o artigo 5.º, n.º1, alínea e) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos prevê a possibilidade de detenção se «se tratar detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico, de um toxicómano ou de um vagabundo». A questão da admissibilidade do internamento fora das situações de catálogo é por isso discutível<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Neste sentido, por todos, Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 479-480.

<sup>37</sup> A este respeito Maria João Antunes refere a possibilidade e necessidade de admitir o internamento, sem colocar em causa a sua admissibilidade constitucional, perante situações de «perigosidade social em geral» fora da intervenção do direito penal (cf. *O Internamento de Imputáveis em Estabelecimentos Destinados a Inimputáveis. (Os arts. 103.º, 104.º e 105.º do Código Penal de 1982)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, (Studia Iuridica 2), 117).

Neste enquadramento, não se pode deixar de ter presente a concretização do direito à liberdade, enquanto direito fundamental, no artigo 14.º da Convenção de Nova Iorque em conjugação com o artigo 29.º, n.º 2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Este último prescreve que no «exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática». O que poderia permitir uma abertura das situações em que a restrição da liberdade fosse acompanhada como necessária e adequada a salvaguardar um direito ou interesse prevalente ou, que o núcleo de protecção do direito estaria limitado à prevalência de um interesse superior (restrições implícitas)<sup>38</sup>. A partir deste entendimento, poder-se-ia partir para uma interpretação do artigo 18.º da Constituição enquanto categoria autónoma que entende que «a lei restritiva só é permitida, entre nós, nos casos e para os efeitos em que seja *expressamente prevista* pelos preceitos constitucionais relativos a esses direitos (tal como consta do texto do artigo 18.º, n.º 2 [da Constituição]; deste modo, a limitação legislativa de um direito em caso de colisão com outro direito ou valor constitucional, fora dessas hipóteses, tem de ser *outra coisa* que não uma restrição, sob pena de se defraudar a proibição de restrição fora dos casos previstos»<sup>39</sup>. Contudo, a possibilidade de restrição, quando em confronto com a proibição de discriminação em razão da deficiência, determina que os critérios sejam neutros, ou melhor, que o fundamento não seja a mera condição resultante de patologia do foro mental. Isto é, as razões que possam circunscrever o raio de tutela do direito à liberdade nunca poderão sê-lo por razões fundadas na condição de deficiência.

---

Repare-se que o art. 27.º da CRP é uma das jóias da Constituição Processual Penal e estamos aqui perante problemas de outra índole, sem prejuízo, nalgumas hipóteses, da sua relevância penal (por exemplo, através do art. 283.º do Código Penal). Quanto às vias metodológicas a trilhar, são várias as hipóteses a testar, nomeadamente de cunho teleológico, tarefa que não podemos, aqui e agora, empreender.

<sup>38</sup> Cf. Vieira de ANDRADE. *Direitos fundamentais*. 6.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, 276-277.

<sup>39</sup> Cf. Vieira de ANDRADE. *Direitos fundamentais*, 267.

O limite imanente implícito do direito à liberdade teria como subjacente a impossibilidade de imposição de restrições para a prossecução de interesses estranhos aos do próprio beneficiário. Vale a consideração de que não existe um limite imanente à liberdade que admita, sem condições, nem reservas, o internamento de uma pessoa contra a sua vontade por decisão de um terceiro que impõe a sua vontade, ainda que investido em poderes-deveres de cuidado<sup>40</sup>. Por isso, a pré-ordenação de interesses obedece a uma lógica de protecção dos interesses do próprio beneficiário, apenas sendo possível uma intervenção compulsiva perante uma vontade ausente ou viciada e sempre conforme os interesses do próprio e não da sua padronização pelos melhores interesses objectivos.

Arrendando-nos da discussão sobre os limites imanentes dos direitos fundamentais e sobre a sua teorização sistemática<sup>41</sup>, podemos concluir que os limites dos direitos reconhecidos, quando os mesmos sejam titulados por uma pessoa com deficiência, advém da garantia de não discriminação e da impossibilidade natural e relacional de, autonomamente, a pessoa autotutelar os seus interesses pessoais e patrimoniais. Esses limites serão produto da situação de facto em que o beneficiário se encontre, porquanto são estabelecidos *ipso facto* e não *ipso iure*. O direito de liberdade confere, quando não estejam em causa interesses supra-individuais (e cujo enquadramento será sempre feito à luz da lei de saúde mental), iguais faculdades ao seu titular, tenha ele deficiência ou não, pelo que não pode haver discriminação quanto à obrigação positiva e negativa de tutela do direito. A liberdade, no seu núcleo, é reconhecida integralmente, pelo que não pode, ao apego de uma relação jurídica de acompanhamento, alicerçar a decisão de um terceiro sobre a liberdade individual do beneficiário. O princípio da não discriminação assim o impõe, quer o artigo 13.º, n.º 1 da Constituição, quer os artigos 5.º, 12.º, n.ºs 1, 2 e 3 e 14.º da Convenção de Nova Iorque. Daqui resulta que a possibilidade de restringir a autodeterminação do beneficiário (intervenções compulsivas) em benefício de interesses

<sup>40</sup> Cf. Vieira de ANDRADE. *Direitos fundamentais*, 272.

<sup>41</sup> A este respeito, ver Vieira de ANDRADE. *Direitos fundamentais*, 269-274; Jorge Reis NOVAIS. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 592 s.; Paulo Mota PINTO. “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”. in *Portugal-Brasil Ano 2000*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, 222 e s.

que não exclusivamente seus deve estar dependente, sempre, de expressa previsão na lei e da sua conformidade com as restrições admitidas pela Constituição, nomeadamente, o artigo 27.º, n.º 3 da Constituição. Como nota Vieira de Andrade, são situações de «reserva qualificada» que implica que o «legislador só está autorizado a *restringir* o conteúdo dos direitos *para essas finalidades*, ou seja, para a salvaguarda dos direitos ou valores enunciados, quando muito para outras finalidades que decorram necessariamente ou se possam considerar implicadas nas expressamente referidas»<sup>42</sup>.

O artigo 148.º do Código Civil assume-se, por isso, como norma harmonizadora de interesses, entre a salvaguarda da dignidade e autodeterminação do beneficiário e a obrigação de salvaguarda dos interesses deste, que pressupõem uma limitação aos poderes-deveres do acompanhante no âmbito da relação jurídica de acompanhamento. Não é, portanto, uma norma restritiva de direitos, antes integradora da legitimidade da decisão do cuidador que atinge o direito de liberdade do beneficiário.

A relação jurídica não é de subordinação, antes comutativa na efectivação dos interesses do beneficiário. Como tal, atenta a intrusão objectiva da decisão do acompanhante na liberdade do beneficiário, ter-se-á que sindicar a oportunidade e alcance da mesma com vista a assegurar a representação autêntica dos interesses do beneficiário. Tanto mais que, se estivesse em causa uma decisão contra a vontade do beneficiário, a mesma representaria uma obliteração da sua dignidade, ao não se identificar que interesses e pressupostos justificariam uma actuação compulsória. Isto porque o artigo 148.º do Código Civil, não expressa os pressupostos substantivos, nem tão pouco garante um processo equitativo especial para justificar uma intervenção tão invasiva, nem inclui prazos limites de duração

---

<sup>42</sup> Vieira de ANDRADE. *Direitos fundamentais*, 279. Este autor ressalva, todavia, «sem prejuízo, como se disse, da limitação legislativa desses direitos, para declaração de limites imanentes ou para solução de um conflito». Contudo, as soluções de internamento no âmbito do maior acompanhado encerram-se na finalidade do instituto e a sua funcionalização exclusiva à prossecução e salvaguarda dos interesses do beneficiário. Eventuais conflitos de interesses ou de direitos serão conspectos a outras relações jurídicas para as quais o acompanhante não está habilitado a exercer poderes-deveres porque são estranhos à relação de cuidado matricial do instituto.

ou a previsão de revisão da medida<sup>43</sup>. Continuando a acompanhar Vieira de Andrade, «a dignidade do homem livre constitui para nós a base dos direitos princípios e a unidade material. (...). ....a ideia do homem ser digno e livre, que está na base dos direitos e que constitui, muito especialmente, a essência dos direitos, liberdades e garantias, tem de ser vista como um limite absoluto a esse poder de restrição»<sup>44</sup>.

Parece claro que a restrição de liberdade, quer na dimensão de decisões sobre a integridade física e saúde, quer na liberdade de movimentos, exigem uma justificação reforçada para a sua restrição, que não se baste com o mero interesse objectivo da pessoa. Desta feita, lendo a Lei de Saúde Mental à luz do artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas e do artigo 5.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, bem como do artigo 27.º, n.º1 e 3, alínea h) da Constituição, podemos concluir que existe uma obrigação a

---

<sup>43</sup> A este respeito deve ser dado nota que a mera previsão legal da possibilidade de internamento não garante a justificação da decisão se a mesma não fora tomada a partir de um processo equitativo. Neste sentido *Mihailovs c. Letónia*: «143. However, the Court reiterates that the notion of “lawfulness” in the context of Article 5 § 1 has also a broader meaning. The notion underlying the term “procedure prescribed by law” is one of fair and proper procedure, namely that any measure depriving a person of his liberty should issue from, and be executed by, an appropriate authority and should not be arbitrary (see *Winterwerp*, cited above, § 45, and, more recently, *X v. Finland*, no. 34806/04, § 148, ECHR 2012 (extracts)). In other words, the detention cannot be considered “lawful” within the meaning of Article 5 § 1 if the domestic procedure does not provide sufficient guarantees against arbitrariness» (ECLI:CE:ECHR:2013:0122JUD003593910).

Ver ainda Michael PERLIN. “Chimes of Freedom: International Human Rights and Institutional Mental Disability Law”. *New York Law School Journal of International and Comparative Law* 21/3 (2002) 423-434, p. 427:«Internationally, there is a shameful history of human rights abuses in psychiatric institutions: the provision of services in a segregated setting that cuts people off from society, often for life; the arbitrary detention from society that takes place when people are committed to institutions without due process; the denial of a person’s ability to make choices about their life when they are put under plenary guardianship; the denial of appropriate medical care or basic hygiene in psychiatric facilities; the practice of subjecting people to powerful and dangerous psychotropic medications without adequate standards; and the lack of human rights oversight and enforcement mechanisms to protect against the broad range of abuses in institutions.»

<sup>44</sup> Cf. Vieira de ANDRADE. *Direitos fundamentais*, 282.



cargo dos Estados de proteger todos os que se encontrem na sua esfera de jurisdição em condições de igualdade, pelo que a ausência de capacidade não confere um poder discricionário às autoridades, representante legal, ou até mesmo cuidadores de facto, de privarem a liberdade do «objecto» de protecção.

Destarte, a privação de liberdade e tratamento compulsivo fundada tão só na condição de deficiência violaria a proibição de discriminação (artigos 5.º, 12.º, n.º 2 e 14.º da Convenção das Nações Unidas)<sup>45</sup>. A proibição da não discriminação em razão da deficiência implica o reconhecimento de um estatuto jurídico de plena capacidade a todas as pessoas, garantindo o artigo 12.º, n.º 2 da Convenção das Nações Unidas o reconhecimento a todos da capacidade jurídica de gozo e de agir<sup>46</sup>. Neste sentido veja-se o artigo 14.º, n.º1 *alínea* b) «a existência de uma deficiência não deverá, em caso algum, justificar a privação da liberdade» que deverá incorporar uma interpretação actualista do artigo 5.º, n.º1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

---

<sup>45</sup> Aliás, a tutela do direito à liberdade da pessoa assenta na dignidade da pessoa humana. É a partir desta que se reconhece o direito ao livre desenvolvimento da personalidade na sua manifestação de liberdade geral de acção ou o direito à autodeterminação que inscreve no seu objecto a liberdade, tal como consagrada no artigo 27.º da Constituição, mas igualmente a autodeterminação sobre a própria esfera de interesses, onde o consentimento para os cuidados de saúde é uma exigência da soberania sobre o eu, e expressão de autenticidade. Por isso, assume uma dupla dimensão positiva e negativa, a primeira enquanto justificação da intervenção integridade pessoal e saúde do paciente e a segunda na proibição de actuações contra a vontade do paciente, mesmo que conforme o seu melhor interesse objectivo. (Cf. Albin ESER. „Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht“. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 97/1 (1995) 1-46, p. 17). Aliás, como aponta Eser, a funcionalização dos cuidados de saúde implicaria a instrumentalização da pessoa a um propósito estranho à sua autodeterminação, justificando o tratamento compulsivo geral. Ver também M. Costa ANDRADE. “Anotação ao artigo 156.º”. in J. de Figueiredo DIAS, ed., *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Tomo I (artigos 131.º a 201.º). 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 600.

<sup>46</sup> Cf. Valentin AICHELE / Jochen von BERNSTORFF. „Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht: Zur Auslegung von Art. 12 der UN-Behindertenrechtskonvention“. *BtPrax – Betreuungsrechtliche Praxis* 5 (2010) 199-203. p. 201; Volker LIPP, „Betreuungsrecht und UN-Behindertenrechtskonvention“, 672.

Contudo, tal não afasta a necessidade de protecção do beneficiário perante interesses supra-individuais (aqui se encontrando a obrigação positiva a cargo do Estado de proteger a vida e integridade pessoal do beneficiário) ou mesmo perante a falha de capacidade deste para assumir responsabilmente as consequências dos seus actos, nomeadamente o grave perigo de auto-lesão (protecção do interesse individual do beneficiário). O que se exige é uma protecção proporcional capaz de assegurar autodeterminação da pessoa, sem cair no excesso de paternalismo castrador da dignidade da pessoa humana. A solução passa sempre por incluir o beneficiário no processo de decisão de forma a promover a sua autodeterminação e não a sua exclusão.

E esta exigência reflecte-se na necessidade que a falta ou limitações de capacidade de uma pessoa prejudicam a sua autonomia e autodeterminação. Por isso, prevê o n.º 3 do artigo 12.º da Convenção medidas de apoio que permitam incluir o beneficiário no processo de decisão sobre as questões que lhe digam respeito. Estas, ao contrário dos n.ºs 1 e 2, não gozam de efeito directo, mas nem por isso prescindem de um controlo de validade material sobre como garantir o apoio necessário e que implica meios de assegurar uma domínio ou participação efectiva do beneficiário e não a sua substituição. O modelo adoptado de «supported decision-making» é reflexo da preocupação e finalidade de assegurar que as decisões tomadas sejam pelo próprio ou, na impossibilidade, pela representação autêntica (ou o mais possível) da vontade e interesses do beneficiário e não de quem o apoia<sup>47/48</sup>. No entanto, tal não afasta a necessidade de, em certas circunstâncias, se decidir no interesse do beneficiário quando este não seja de todo capaz, porque a impossibilidade de actuação de um terceiro significaria a sua exclusão do comércio jurídico<sup>49</sup>.

O Comité, no seu Comentário Geral, deixa claro que os modelos de substituição – que pressupõem a incapacidade do beneficiário (a), a indicação do cuidador por outra pessoa que não o beneficiário

<sup>47</sup> Valentin AICHELE / Jochen von BERNSTORFF, „Das Menschenrecht“, 202.

<sup>48</sup> Uma primeira referência é feita pelo Comité nas Observações do relatório inicial da Tunísia UN Doc CRPD/C/TUN/CO/1, 13.05.2011, para. 23.

<sup>49</sup> Cf. Stefanie SCHMAHL. „Menschenrechtliche Sicht auf die Zwangsbehandlung von Erwachsenen bei Selbstgefährdung“. *BtPrax – Betreuungsrechtliche Praxis* 2 (2016) 51-54.

ou mesmo contra a sua vontade (b), ou decisões tomadas a partir dos melhores interesses do beneficiário por oposição à vontade e interesses do beneficiários – devem ser substituídos, não bastando a convivência entre modelos de apoio e de substituição, porquanto a manutenção destes não cumpre de forma adequada o artigo 12.º da Convenção<sup>50</sup>. Aliás, outra nota importante, é que o necessário recorte da medida impõe um cerzir judicial do objecto do acompanhamento que materialize o modelo de apoio, não bastando a mera atribuição de poderes gerais de gestão e representação integral da área de interesses do beneficiário. Não só tal representa um excesso de regulação dos assuntos do beneficiário, implicando uma intromissão desproporcional às necessidades do beneficiário, como, seja qual for o conteúdo das medidas, as mesmas devem sempre ser a realização autêntica da pessoa, devendo o cuidador procurar uma actuação conforme à vontade e interesses do beneficiário e não de acordo com o seu melhor interesse<sup>51</sup>.

Desta feita o n.º 3 deve ser articulado com o n.º 4, ambos do artigo 12.º da Convenção, tendo como premissa o respeito pela capacidade remanescente e a intervenção mínima, determinando o recorte da medida às necessidades do beneficiário. Isto exige garantias procedimentais de participação do beneficiário e tutela jurisdicional de uma medida que seja conforme aos interesses e direitos daquele. Em particular, nos domínios em que possam resultar conflitos de interesses e de situações de abuso, pelo que deve ser sempre garantido, na medida do possível, a autodeterminação do beneficiário<sup>52</sup>.

Isto realça duas dimensões. A primeira diz respeito ao facto de a autodeterminação pessoal dever ser aferida de forma actual, gozando de um efeito *prima facie* quanto à existência de competência do beneficiário para autonomamente se autodeterminar. Cabe ao representante demonstrar, para a fundar como válida e eficaz,

---

<sup>50</sup> Cf. Comentário Geral, n.º 1 (2014). para. 27 (na versão da Corrigendum) e para. 28.

<sup>51</sup> Cf. Comentário Geral, n.º 1 (2014). para. 29, alínea (b) : «(b) All forms of support in the exercise of legal capacity, including more intensive forms of support, must be based on the will and preference of the person, not on what is perceived as being in his or her objective best interests;»

<sup>52</sup> Cf. Volker LIPP. „Betreuungsrecht und UN-Behindertenrechtskonvention“, 673; cf. Stefanie SCHMAHL. „Menschenrechtliche Sicht“, 51-54.

que a sua decisão é conforme a vontade e interesse do beneficiário, demonstrando que este foi informado e participou no processo de decisão (quanto mais relevante e intrusiva for a decisão aos interesses do beneficiário, maior será a exigência de fundamentação). A segunda é que, mesmo perante a incapacidade de facto do beneficiário, a legitimidade do exercício do poder-dever do acompanhante não é ilimitado e discricionário, devendo, quanto mais restritiva for a decisão para a esfera pessoa da pessoa, justificar um controlo e sindicância da decisão tomada. Ao exercício destes poderes aplicam-se as mesmas garantias que balizaram a decisão de constituição da medida de maior acompanhado. Desde logo, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo e garantia de audição e participação do beneficiário na medida da sua capacidade remanescente.

A constituição da medida de acompanhamento a pessoa maior pressupõe a criação de uma relação jurídica especial entre acompanhante e beneficiário, cuja matriz, independentemente do âmbito de atribuições, será sempre a imposição de um dever de cuidado sobre aquele. Estamos perante uma relação assente num vínculo fiduciário, cabendo ao acompanhante o dever de garantir os direitos fundamentais do beneficiário. A relação de cuidado que se estabelece entre o beneficiário e o seu acompanhante está vinculada, em toda a sua extensão, aos direitos, liberdades e garantias daquele. O beneficiário conserva a plena titularidade, entre outros, do direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, quando possua capacidade de facto bastante para autogovernar parte dos seus interesses, ou ainda a título de participação na concretização dos interesses fundamentadores e guias da actuação do acompanhante. A actuação deste não está, pois, justificada pelo simples e único apelo à finalidade de prossecução dos melhores interesses objectivos do beneficiário.

## **5. A descrição do âmbito de atribuições na sentença de constituição da medida de maior acompanhado: princípio da atribuição/especificação**

Conforme referido *supra* a relação jurídica de acompanhamento de pessoa maior é relação fiduciária de cuidado dos direitos e interesses do beneficiário. Esta relação pressupõe, necessariamente, a inclusão do beneficiário no processo de decisão e governo dos

seus interesses e assuntos. Sendo que o objecto dos poderes do acompanhante serão recortados a partir das específicas necessidades do beneficiário e deverão ser as mesmas especificadas na sentença constitutiva do acompanhamento. Qualquer que seja o âmbito do objecto da medida de acompanhamento, o princípio é o do reconhecimento de capacidade de agir e remoção das barreiras sociais para a tomada de decisão do próprio beneficiário. Claro está que as limitações emergentes da situação clínica e condicionantes sociais podem determinar um grau de ineptidão ou limitação que frustrem, em parte, a medida de apoio e inclusão para tomada de decisão autónoma.

Estas necessidades funcionalizam-se à promoção de autonomia e bem-estar do beneficiário, que partem do respeito pela vontade, interesses e desejos manifestados, sendo estes vinculativos à actuação do acompanhante e que exige desta o envolvimento, participação e informação do beneficiário. Para tal é necessário um envolvimento pessoal e de proximidade com beneficiário, em especial perante a importância e gravidade dos interesses em causa (artigo 146.º, n.º 2 do Código Civil). Serão parte integrante da relação de cuidado a protecção e promoção dos direitos e interesses à vida, saúde e património.

A relação de cuidado que emerge do acompanhamento é distinta do cuidado material ou de facto. Os actos materiais de cuidado e supervisão diária do beneficiário, as prestações de cuidados de saúde não constituem o objecto do acompanhamento, antes os poderes-deveres que asseguram a realização destes actos materiais de cuidado. A figura do acompanhante é de um verdadeiro curador dos interesses do beneficiário. Não se limita a estar ao lado, antes se exige dele um papel activo no afastamento de perigos e afirmação e promoção do exercício de direitos e realização da plena cidadania do beneficiário. Podem coincidir como deveres do acompanhante, mas o que se exige destes é que assegurem, enquanto garantes do cuidado do beneficiário, a sua efectivação. Ao acompanhante exige-se a organização dos meios para suprimento das necessidades do beneficiário, contudo, em princípio, não é a ele que caberá prestar o cuidado material.

Todavia, não vale, para a relação de acompanhamento, uma interpretação maximizadora dos poderes-deveres do acompanhante que tendam a incluir todos actos necessários a realizar em apoio ou

mesmo substituição do beneficiário. No caso de inaptidão de facto do beneficiário, a legitimação da intervenção do acompanhante depende de uma escrupulosa inventariação das necessidades para estabelecer a proporcionalidade entre a necessidade e adequação do acompanhamento e, conseqüente, legitimidade da intervenção do acompanhante. A escalpelização dos poderes é condição de atribuição e eficácia da legitimidade da intervenção no âmbito da relação jurídica, pelo que fora dos poderes especificados na sentença, a actuação do acompanhante terá que ser enquadrada no âmbito de outras relações jurídicas, mormente, no quadro da gestão de negócios.

Daí que o artigo 148.º do Código Civil não possa ser considerado como uma norma atributiva de competência do acompanhamento ou de alargamento das suas funções, antes deve ser enquadrada dentro de uma relação de acompanhamento modelada (como um *fato à medida*) das necessidades actuais do beneficiário tal como foi determinado por sentença (daí a previsão de revisão da medida em função da evolução da situação e obrigatoriamente no prazo de 5 anos).

## **6. O âmbito e efeitos do artigo 148.º do Código Civil**

### **6.1. Internamento-tratamento: os poderes-deveres do acompanhante**

Em primeiro lugar, temos de destrinçar o sentido e alcance do internamento. Se o mesmo adopta o alcance da Lei de Saúde Mental onde se prevê o confinamento e contração da liberdade como instrumento de realização de tratamento médico. Neste conspecto, internamento é indissociável de tratamento, este apresenta-se como meio à efectivação do tratamento e conseqüente remoção da situação de perigo em que a pessoa se encontrava. Coagir a pessoa a receber um determinado cuidado de saúde necessário para a remoção de um perigo grave para si ou para terceiros ou para bens. No entanto, é possível ocorrer tratamento sem internamento, serão as situações que ocorrem em regime de ambulatório. Nestas é pressuposto a adesão do beneficiário ao tratamento como fundamento para se desconsiderar, em termos de necessidade, ao meio mais restritivo da liberdade. Ainda assim, continua a enquadrar-se numa relação de

autoridade a realização do tratamento, porquanto o seu não cumprimento implica a justificação do recurso ao meio mais musculado de garantia do tratamento (artigos 8.º, n.º 3 e 33.º, n.º 2, da Lei de Saúde Mental).

Ora, o internamento «civil» apresenta contornos distintos. Perante o carácter vago da formulação do artigo 148.º do Código Civil acoplado à fragmentariedade do regime, temos de ter especiais cautelas.

A primeira é que não está em causa o internamento previsto na Lei de Saúde mental. O internamento «civil» é um meio complementar e resulta da relação jurídica de acompanhamento, adstrita aos poderes reconhecidos por sentença judicial e no estrito limite das finalidades do instituto: a salvaguarda dos interesses próprios do beneficiário e não de terceiros. Quanto à tutela dos interesses destes apenas é possível uma medida de internamento nos termos da lei de saúde mental e respectivos pressupostos elencados no seu artigo 12.º. Daí o artigo 13.º, n.º 1 da Lei de Saúde Mental conferir legitimidade ao acompanhante para requerer o internamento compulsivo como meio de assegurar um tratamento necessário ao cuidado do beneficiário e que é contra a vontade deste. Prevê aquela norma que: «Tem legitimidade para requerer o internamento compulsivo o representante legal do menor, o acompanhante de maior quando o próprio não possa, pela sentença, exercer direitos pessoais, qualquer pessoa com legitimidade para requerer a instauração do acompanhamento, as autoridades de saúde pública e o Ministério Público.»

Feita esta separação de âmbitos, fica por determinar se é possível recorrer ao internamento civil para situações de perigo para interesses próprios do beneficiário. Cremos que balizar a necessidade de internamento por uma mera situação de perigo não se enquadra no âmbito da relação de acompanhamento. Primeiro, pela inexistência de critérios que fundem tal juízo, opondo-se às exigências impostas pelo artigo 18.º, n.º 2 em conjugação com o artigo 27.º, n.ºs 1 e 3, ambos da Constituição. A isto acresce o facto de tal situação de perigo *per se*, pressupor uma intervenção discriminatória nos direitos das pessoas com deficiência – porque a intervenção justifica-se em função da condição da deficiência do beneficiário –, violando o artigo 13.º, n.º1 da Constituição numa interpretação dinâmica a partir dos artigos 5.º e 14.º, n.º 1 da Convenção das Nações Unidas. A ponderação da necessidade do internamento com fundamento no

perigo apenas pode ter guardiã no quadro da Lei de Saúde Mental, para o qual o acompanhante tem legitimidade para requerer o internamento compulsivo (valem assim as considerações feitas quanto ao perigo para terceiros).

Então o que resta?

Atendendo à posição por nós aqui veiculada, do artigo 148.º do Código Civil não resulta possível incluir na decisão do acompanhante o poder de impor um tratamento contrário à vontade do beneficiário<sup>53</sup>. Vontade esta concretizada por uma manifestação presente ou mesmo antecipada através de uma directiva antecipada de vontade, para efeitos da Lei n.º 25/2012, 16.07, ou de carácter inominado.

Assim como não pode o tribunal, por sentença, restringir a capacidade da pessoa para se autodeterminar em termos de cuidados de saúde, enquanto direito pessoal. Essa limitação é manifestamente desproporcional e discriminatória, quando não tomada em função de um concreto acto. Aliás, tratando-se de uma *capacidade de facto*, o tribunal não pode privar o beneficiário da sua capacidade, sob pena de obliterar a sua dignidade enquanto pessoa. O juízo que poderia justificar tal decisão assentaria exclusivamente na deficiência, motivo único para o tornar paria sobre a soberania sobre a sua esfera de interesses. A sentença ao definir os termos da relação jurídica não pode apor-lhe um conteúdo de poderes condicionais restritivos da liberdade e autodeterminação da pessoa. O que pode é prever poderes de decisão em situações de incapacidade do beneficiário, mas não de exclusão deste do processo de decisão sobre a sua esfera pessoal de interesses. A ocorrer esta exclusão, a mesma tem

---

<sup>53</sup> Cf. Paula Távora VÍTOR. “Anotação ao artigo 148.º”. in Ana PRATA, ed., *Código Civil Anotado*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2019), p. 191. Esta autora refere que «não parece que se possa reconduzir ao internamento para *efeitos de tratamento médico*. Nestes casos, quando estejamos perante uma situação em que a capacidade para consentir do acompanhado não seja suficiente, nada obsta a que seja atribuída competência ao *acompanhante* para, por indicação médica, tomar esta decisão, que se insere no normal quadro de cuidado do acompanhado e é simplesmente instrumental relativamente às decisões em matéria de saúde». Concordamos inteiramente com a posição desta Autora, na medida em que é a partir do âmbito de tarefas fixados por sentença que se fixa os poderes-deveres do acompanhante, sendo a partir destas que se determina o quando, como e extensão da intervenção, incluindo a necessidade de autorizar cuidados de saúde perante a incapacidade do beneficiário de consentir.



que ser sindicada por via de decisão judicial e, perante a omissão do legislador, no quadro da intervenção da Lei de Saúde Mental. O legislador poderia ter adoptado uma norma similar à § 1906 (3), (3a) BGB<sup>54</sup>, mas não o fez<sup>55</sup>. Nem tão pouco, atendendo à proximidade da elaboração do projecto e a aprovação da Lei n.º 49/2018, considerou o legislador a disposição §1906a BGB. A norma apenas se refere a internamento, sem precisar se o mesmo inclui cuidados de saúde e se a decisão pode ser contra a vontade do beneficiário. Carece o nosso sistema de lei habilitante que permite tomar uma medida, no âmbito da relação de acompanhamento, de decisões contrárias à vontade do beneficiário<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Transcrevendo o BGB na sua tradução em inglês pelo Ministério da Justiça alemão (disponível no sítio [www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb)):

«(3) If medical treatment in accordance with subsection (1) no. 2 is inconsistent with the natural will of the person under custodianship (coercive medical treatment), the custodian may only consent to it if

1. the person under custodianship cannot recognise the necessity of the medical treatment or cannot act in accordance with this realisation, because of a mental illness or of a mental or psychological handicap,
2. previous attempts were made to convince the person under custodianship of the necessity of the medical treatment,
3. the coercive medical treatment in the context of accommodation under subsection (1) is necessary for the best interests of the person under custodianship, in order to avert the threat of substantial damage to health,
4. the substantial damage to health cannot be averted by any other measure which is reasonable for the person under custodianship, and
5. the anticipated benefit of the coercive medical treatment considerably outweighs the anticipated adverse effects.

Section 1846 is only to be applied if the custodian is prevented from carrying out his duties.

(3a) Consent to the coercive medical treatment requires the consent of the custodianship court. The custodian is to revoke consent to the coercive medical treatment if the preconditions therefor cease to apply. He is to inform the custodianship court of the revocation.»

<sup>55</sup> Como demos nota, apenas previu a inclusão no seu âmbito as medidas «anticoncepcionais».

<sup>56</sup> Estamos perante uma questão diametralmente oposta à possibilidade de internamento e tratamento compulsivo enquanto meio de protecção da saúde pública. Questão debatida a respeito da tuberculose, entre outros, vejam-se os trabalhos Sónia FIDALGO. “Internamento compulsivo de doentes com tuberculose”. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 1/2 (2004) 87-124.

Parece-nos, no rigor metodológico, e tendo em conta os princípios constitucionais (em especial o artigo 18.º, n.º2 da Constituição), que a ausência de uma norma clara e expressa não permite extrapolar o sentido normativo além do que compõe o seu sentido literal. Estaríamos a falar intervenções absolutamente restritivas dos direitos das pessoas, sendo que a sua dignidade não se coaduna com justificações legais vazias e não concretizadas<sup>57</sup>. Se lhes dermos espaço cometeremos o risco de admitir a coisificação do beneficiário, uma vez que este se torna «objeto» da decisão de outrem sobre a sua esfera de interesses, dispondo-se sobre o seu corpo, saúde e liberdade para prossecução de interesses alheios, mesmo que de acordo com o seu melhor interesse objectivo. Tal é contrário à dignidade e autodeterminação do beneficiário, tutelados nos artigos 1.º e 26.º, n.º 1 da Constituição, bem como uma clara discriminação em razão da deficiência (artigo 13.º, n.º 1 da Constituição) e, por conseguinte, violadora dos artigos 5.º, 12.º, n.ºs, 1, 2 e 3 e 14.º da Convenção das Nações Unidas.

Uma vez que o fundamento seria a protecção contra a própria auto-colocação em perigo de interesses próprios do beneficiário, e sendo estes os exclusivos interesses que fundariam a medida de internamento, então caberia à lei concretizar os termos do alcance do poder-dever do acompanhante e os poderes do tribunal. A possibilidade de uma intervenção compulsiva deverá, desta forma, partir dos mesmos pressupostos que se aplicam a qualquer outra pessoa, isto é, só em função de interesses supra-individuais é que se pode permitir tal intervenção. Falamos por isso, de um critério neutral de intervenção, assegurando que a possibilidade de restrição à autodeterminação é fundada em critérios iguais para todos, como o será, nomeadamente, nos domínios da saúde pública<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Sobre os requisitos de as leis restritivas ver, entre outros, Vieira de ANDRADE. *Direitos fundamentais*, 274-288 (em esp. ver sobre a densidade suficiente da lei formal, p. 287-288).

<sup>58</sup> Cf. Costa ANDRADE. “Anotação ao artigo 156.º”, 612. Ver ainda Capelo de SOUSA. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. 226-228. Vejam-se ainda os artigos 17.º e 18.º da Lei n.º 81/2009, 21-08 (Sistema de vigilância em saúde pública), diploma que revogou a Lei n.º 2036 de 09.08.1949. Sobre o problema dos tratamentos compulsivos em razão de protecção de saúde pública e o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 06.02.2002 (ECLI:PT:TRP:2002:0110232.D9), ver, *inter alii*, Sónia FIDALGO, “Internamento

Uma última nota deve ainda ser feita a respeito do disposto no artigo 5.º, n.º 3 da Lei de Saúde Mental. Este, ao referir que os «direitos referidos nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 são exercidos pelos representantes legais quando os doentes sejam (...) maiores acompanhados e a sentença de acompanhamento não faculte o exercício direto de direitos pessoais», pressupõe a possibilidade de restrição dos direitos pessoais do beneficiário. Todavia, reiterando o acima referido quanto à inadmissibilidade de uma sentença genérica restritiva da capacidade dos direitos pessoais, deve-se ter presente que não se tratam de faculdades integrantes dos direitos, antes de capacidade para o exercício desses direitos. Ora, as faculdades integram ou compõem o conteúdo do direito subjectivo, pelo que das duas uma, ou a pessoa tem idoneidade para o exercer autonomamente e, como tal, não padece de uma incapacidade que careça de um decisor substituto ou representante legal, ou não tem e carece de alguém que o faça por si ao abrigo de um instrumento de suprimento de incapacidade. E, mais uma vez, o legislador prevê uma incapacidade jurídica como condição de atribuição de poderes de representação legal. Incapacitar para decretar a medida de protecção e não prever mecanismos de inclusão do beneficiário. Tanto mais seria paradoxal que o legislador que consagra o modelo de apoio/assistência da pessoa com deficiência concedesse a possibilidade de uma solução mais restritiva do que a anterior interdição. Uma vez que a versão original do artigo 5.º, n.º 3 ressaltava a capacidade para actos pessoais, colocando a tónica na incapacidade natural para a tomada de decisões: «Os direitos referidos nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 são exercidos pelos representantes legais quando os doentes sejam menores de 14 anos ou não possuam o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento».

---

compulsivo”, 87-124; André Dias PEREIRA. “Sida, toxicod dependência e esquizofrenia: estudo jurídico sobre o internamento compulsivo”. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 7/14 (2004) 63-79; e do mesmo autor, “Sobre o internamento compulsivo de portadores de tuberculose. Anotação ao Acórdão do Porto de 6 de Fevereiro de 2002”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 1/1 (2004) 135-142; Pedro MORAIS. “O internamento compulsivo do portador de doença infecto-contagiosa. Notas de andar e ver”. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 10/20 (2013) 145-169, em esp. p. 161-165.

A ser necessária a intervenção clínica, a mesma restringe-se ao âmbito da Lei de Saúde Mental e respectivo processo, porquanto a ausência de pressupostos determina que, em abstracto, a norma poderia servir para qualquer internamento e tratamento não querido pelo beneficiário. A autodeterminação reconhecida quanto aos cuidados de saúde pelas regras do consentimento informado seria excluída ao beneficiário pela sua condição, o que redundaria numa discriminação em função da deficiência.

Temos, por isso, que entender a norma sobre internamento como dizendo respeito aos poderes do acompanhante no que toca à colocação institucional do beneficiário, mais propriamente à mudança de residência ou intervenções em que a decisão de internamento não é acometida de uma indicação médica, como condição acessória à efectivação de determina terapêutica. Isto sem prejuízo de o referido internamento poder justificar restrições à liberdade do beneficiário, quando necessário. Pensamos na situação em que o beneficiário assume comportamentos de risco decorrentes de comportamentos suicidas<sup>59</sup>, ou frequenta locais que suportam um perigo fundado comportamentos de risco (p. ex. a ausência de mecanismos de controlo de comportamentos sexuais pode levar a que a dependência ou acesso a determinados locais agravem o risco de doenças sexualmente transmissíveis, ou acesso a locais de jogo legal ou ilegal), ou ainda, que coloquem em causa a terapêutica e reabilitação.

A justificação da restrição da liberdade do beneficiário deve prosseguir em primeira linha o interesse próprio daquele, sendo tanto mais relevante quando a intervenção pressupõe uma actuação contrária à vontade, ainda que não perfeita, do beneficiário. Com vontade viciada queremos dizer que o processo de decisão se encontra condicionado ou constrangido na formação livre ou esclarecida da vontade, mas que, ainda assim, conceda aptidão para autodeterminadamente o beneficiário acautelar os seus interesses pessoais ou patrimoniais.

Quando o internamento esteja associado a uma específica terapêutica, teremos de atender à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos relativa aos artigos 3.º, 5.º e 6º da Convenção Europeia. É relevante, em particular, o caso *Stanev c. Bulgária*, req.

---

<sup>59</sup> Cf. Georg DODEGGE. *Die Entwicklung des Betreuungsrechts bis Anfang Juni 2014*. NJW 2014, beck-online, 2691.

n.º 36760/06<sup>60</sup>, quanto às exigências de que o internamento seja em estabelecimento adequado, as condições em que é feito o acolhimento e os meios terapêuticos de resposta às necessidades do beneficiário. A estes requisitos objectivos tendentes à prestação do cuidado de saúde per se, acresce a garantia de uma intervenção conforme a vontade do beneficiário. Isto é, a previsão de garantias de que o internamento não é contra a vontade do beneficiário, cuja decisão última prevalece e não é susceptível de ser ultrapassada em sede do artigo 148.º do Código Civil. Este artigo, ao não elencar fundamentos para um internamento compulsivo, não é operativo quanto à dispensa do consentimento do beneficiário. Apenas serve para syndicar a oportunidade e proporcionalidade da decisão do acompanhante na alteração de residência para meio institucional (seja hospitalar ou residencial) e na limitação da sua liberdade e que, por isso, pode ser impugnada pelo beneficiário com meio de garantir a sua liberdade e autodeterminação. Veja-se como no caso *D.D. c. Lituânia, req. n.º 13469/06*<sup>61</sup>, o Tribunal Europeu concluiu pela violação do artigo 5.º, n.º 4 da Convenção, quando, para a decisão de internamento, baste a posição do representante legal, sem ter em consideração a vontade do beneficiário e sem lhe conceder legitimidade processual para reagir judicialmente contra aquela decisão.

## 6.2. Conceito de internamento

Chegados aqui, a relevância da figura do internamento «civil» é, por isso, residual e circunscreve-se à sindicância da decisão do acompanhante nos limites da sua intervenção sobre a esfera de direitos fundamentais do beneficiário. É o resultado e a imposição da obrigação positiva do Estado em tutelar a dignidade e autodeterminação do beneficiário, assegurando-se que este não se encontra capaz de tomar a decisão autonomamente e de que a mesma é conforme os seus interesses.

Nas palavras de Paula Távora Vítor «a palavra ‘internamento’ encontra-se geralmente associada ao confinamento em determinado estabelecimento para efeitos médicos»<sup>62</sup>. A associação entre confi-

<sup>60</sup> ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD003676006.

<sup>61</sup> ECLI:CE:ECHR:2012:0214JUD001346906.

<sup>62</sup> Cf. Paula Távora Vítor, “Anotação ao artigo 148.º”, 191.

namento e terapêutica é apresentada como um meio de realização desta, mas pode assumir um conteúdo mais amplo. Aqui se pode incluir o confinamento numa instituição, ou sujeição a controlo constante, mesmo quando se encontre na sua residência, impedindo ou restringindo a sua liberdade de circulação e contactos com pessoas<sup>63</sup>. O relevante é o tipo de medidas implementadas e de que forma as mesmas restringem a liberdade de circulação do beneficiário<sup>64</sup>.

Contudo, o grau de restrição ou limitação pode variar, colocando em causa, aquilo que já se discute no sistema de promoção e protecção de crianças e jovens, entre o regime aberto ou fechado do acolhimento residencial. Isto porque as limitações de circulação podem ser admissíveis e não materializadoras de um confinamento e privação da liberdade. Serão as situações em que as horas de saída e entrada são controladas (p. ex. o encerramento de portas de instituição durante a noite). Nestas circunstâncias as limitações integram a cláusula de adequação social inerente às exigências de organização das instituições e segurança do próprio beneficiário e demais, se for possível àquele sair da instituição, quer pela disponibilização de chave ou de acesso a um funcionário que faculte a saída<sup>65/66</sup>. Todavia, deve ser tido em consideração que o facto de ser uma instituição aberta não prescinde que se determine o âmbito de controlo que é feito sobre o beneficiário. Na opinião do Juiz Loucaides, no caso H.M. v. Suíça, «physical freedom is of unique importance and that the exceptions to the prohibition of deprivation of liberty are exhaustively limited to those set out expressly in the sub-paragraphs of Article 5 § 1. If an individual's deprivation of liberty does not fall within any of these categories then it must be prohibited by Article 5»<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> Aproveitando, em parte, a noção do BGH, Beschluß vom 11. 10. 2000 – XII ZB 69/00 (Hamm). – BGH: Zivilrechtliche freiheitsentziehende Unterbringung des Betreuten zur Zwangsmedikation (NJW 2001, 888) p. 889.

<sup>64</sup> Cf. Angie SCHNEIDER, „BGB § 1906a“, Rn. 10.

<sup>65</sup> Neste sentido veja-se o BGH, Beschluss vom 7.1.2015 – XII ZB 395/14. NJW 2015, 865.

<sup>66</sup> Dieter SCHWAB. „BGB § 1906 Genehmigung des Betreuungsgerichts bei der Unterbringung“. in *Münchener Kommentar zum BGB*. 7. Aufl. 2017 [beck-online]. Rn 9.

<sup>67</sup> ECLI:CE:ECHR:2002:0226JUD003918798.

Assim, o conceito de internamento deve ser entendido como uma cláusula geral de garantia da liberdade do beneficiário, devendo incluir na sua *ratio* axiológico-normativo todas as situações de privação de liberdade, sejam elas em contexto de acolhimento residencial/institucional, sejam mecanismos de controlo e limitação da liberdade por utilização de mecanismos ou dispositivos de controlo à distância que limitem a faculdade de circular ou sair de determinado espaço<sup>68</sup>.

Partindo do caso *Ashingdane c. Reino Unido*, req. n.º 8225/78, decidido pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a protecção do direito à liberdade da pessoa estende-se a situação em que esta se encontra em unidades ou instituições em regime «aberto», uma vez que a determinação de uma situação de confinamento depende da faculdade objectiva que a pessoa tem de se poder locomover e sair dentro da instituição onde se encontra internado. Deve assim aferir-se em que medida existe uma efectiva liberdade de a pessoa recusar o internamento e sair da instituição<sup>69</sup>.

No mesmo sentido, a favor de uma interpretação ampla, para efeitos de protecção, veja-se o caso *Mihailovs c. Letónia*, req. n.º 35939/10<sup>70</sup>, que reitera os princípios do caso *Stanev c. Bulgária*, req. n.º 36760/06, em especial a dimensão que a privação de liberdade advém do controlo de facto que é feito à liberdade de acção

<sup>68</sup> Cf. Andrea SPICKHOFF, „BGB § 1906a“, Rn. 14.

<sup>69</sup> Cf. ECLI:CE:ECHR:1985:0528JUD000822578. Para. 43. Como nota o Justice Kenney no caso *Lawrence c. Texas* (539 U.S. 558 (2003)), do Supremo Tribunal norte-americano «Liberty protects the person from unwarranted government intrusions into a dwelling or other private places. In our tradition the State is not omnipresent in the home. And there are other spheres of our lives and existence, outside the home, where the State should not be a dominant presence. Freedom extends beyond spatial bounds. Liberty presumes an autonomy of self that includes freedom of thought, belief, expression, and certain intimate conduct. The instant case involves liberty of the person both in its spatial and more transcendent dimensions».

<sup>70</sup> ECLI:CE:ECHR:2011:1124JUD000464608. para. 128: «The Court further observes that the notion of deprivation of liberty within the meaning of Article 5 § 1 does not only comprise the objective element of a person's confinement in a particular restricted space for a length of time which is more than negligible. A person can only be considered to have been deprived of his liberty if, as an additional subjective element, he has not validly consented to the confinement in question (see *Storck v. Germany*, no. 61603/00, § 74, ECHR 2005-V)».

do paciente, podendo ser considerada uma situação de detenção em enfermaria de regime aberto se estiver em constante supervisão e controlo, não podendo livremente decidir quando sai e com quem sai<sup>71</sup>.

Em todas estas situações, a decisão de internamento assume um propósito de controlo enquanto fim ou meio-fim e não enquanto uma necessidade acessória e de curta duração para realização de uma intervenção em termos de cuidado de saúde ou remoção de uma situação de perigo. Não é necessário que se recorra a meios de coerção para vencer a resistência física do beneficiário, basta que os meios utilizados sejam idóneos a limitar a sua autonomia e liberdade de movimentos, a partir das circunstâncias e características do beneficiário.

A utilização de identificadores por radiofrequência (ou RFID) ou GPS, colocação de sistemas de controlo de entrada e saída (mecanismos de fechaduras de difícil utilização para sair do edifício), controlo de saídas e períodos de tempo, constrições físicas ou arquitetónicas (limitação da saída da cama, circulação de cadeira de rodas) ou mesmo medidas de contenção (amarrar a cama ou cadeira) são exemplos de restrições à liberdade do beneficiário. No entanto, nem todas representam uma restrição aos direitos fundamentais justificadora do controlo dos poderes do acompanhante. Só o serão se as mesmas estiverem adstritas a uma função de restrição a um espaço físico de liberdade de circulação. A utilização de sistemas de GPS, RFID ou análogos podem mesmo ser instrumentos promotores da liberdade se a sua função for a de permitir a localização do beneficiário, servindo como garantia de supervisão aos movimentos com vista a rapidamente o encontrar em causa de necessidade, tendo em consideração a especial vulnerabilidade do beneficiário<sup>72</sup>. Já serão, todavia, restritivos, quando servem para limitar a liberdade de movimentos circunvendo a um edifício ou área limitada ou que impeçam o acesso a determinados espaços. Nestes casos, o alcance da medida é equivalente a uma medida de internamento, porquanto é cerceada a faculdade de livremente circular e sair do espaço onde

<sup>71</sup> Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Req. n.º 36760/06 para. 124-130 (ECLI:CE:ECHR:2010:0629DECOO3676006).

<sup>72</sup> Cf. Bernd KLASSEN / Christine KLASSEN. „Mit technischer Assistenz selbstbestimmt und in Würde alt werden? Eine medizinisch-juristische Fallanalyse“. *BtPrax – Betreuungsrechtliche Praxis* (2018) 179 e s.



se encontre e que corresponde, materialmente, a uma medida de confinamento.

Em igual sentido, vale para os casos em que, apesar da incapacidade ou impossibilidade de locomoção autónoma, não seja conferida liberdade ao beneficiário de poder sair da instituição ou local onde reside sem a ajuda de um terceiro. Isto é, uma situação de facto que resulta de uma inaptidão para fazer uso da faculdade de circulação em contexto de constrangimentos quanto à saída, sem que seja por recurso de auxílio de terceiros, é também uma situação de internamento, ou seja, a mera limitação abstracta de materialização de tal faculdade é bastante para se configurar num internamento<sup>73</sup>.

Incluem-se, ainda, no conceito de internamento as situações em que o internamento pressupõe a alteração de residência. Conforme referido *supra*, a nossa norma não se enquadra no âmbito do §§1906 e 1906a BGB, antes se circunscreve ao mero controlo dos poderes-deveres do acompanhante quanto à determinação da residência ou limitação ou restrição da liberdade do beneficiário. Não está – a lei não é de natureza restritiva – em causa a coerção de uma decisão contra a vontade do beneficiário, pelo que âmbito é distinto do previsto para a *Betreuung* alemã.

Torna-se 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 cuidados de saúde. Ou seja, o internamento apresenta-se enquanto meio necessário à realização de cuidados de saúde, sejam terapêuticos ou de diagnóstico. Mas poderá suceder que o internamento se revele necessário 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

---

<sup>73</sup> Angie SCHNEIDER, „BGB § 1906a“, Rn 11 e 16.

entendida como o centro efectivo e estável da vida pessoal do beneficiário, no qual ele tem a sua morada (domicílio voluntário ou 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/ou 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 efectiva e prolongada mudança de residência. Logo, e por contraposição, não ocorrerá uma alteração de residência se o internamento tiver um termo previamente determinado (assim assegurando o carácter meramente transitório) e este for curto e necessário à realização de uma terapêutica medicamente indicado.

### 6.3. Natureza da autorização judicial

A complementaridade do internamento «civil», face à intervenção no âmbito da Lei de Saúde Mental, apenas será possível de ser alcançada se perspectivarmos a medida como extensão dos cuidados a assegurar ao beneficiário incapaz de autodeterminar responsabilmente a sua esfera de interesses. Para tal, será uma medida necessária à salvaguarda dos seus interesses, desempenhando uma função preventiva na salvaguarda da saúde e bem estar da pessoa. Tal integração visa encontrar soluções alternativas idónea à decisão de internamento e tratamento compulsivo, em atenção a uma ideia de proporcionalidade<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> Os cuidados de saúde, em particular na saúde mental, poderão ser promovidos pela constituição da medida de acompanhamento que, não sendo configurada como autoridade do acompanhante sobre o beneficiário, confirmam suficientes poderes para acompanhar o beneficiário na adesão e cumprimento da terapêutica necessária.

A virtualidade da medida pode inclusive servir de instrumento de transição para os beneficiários que tenham cumprido medida de segurança no âmbito do

A autorização confere legitimidade à decisão do acompanhante e subsequente eficácia da mesma enquanto fundamento para a restrição da liberdade do beneficiário. Trata-se de um facto jurídico complexo sucessivo que depende, para a sua perfeição e eficácia, da decisão judicial de validação e não meramente do acto jurídico voluntário de natureza decisório do acompanhante. Na sentença judicial está implícito um juízo de sindicância da proporcionalidade da decisão do acompanhante em momento prévio à efectivação como meio de controlo preventivo<sup>75</sup>. Em situações urgentes, contudo, a decisão do tribunal é de ratificação da eficácia (artigo 148.º, n.º 2 do Código Civil), gozando de efeitos temporários a decisão do acompanhante que permite legitimar o internamento<sup>76</sup>. Contudo,

---

direito penal ou internamento compulsivo. A medida de acompanhamento será sempre subjectiva na sua fundamentação, modelação, execução e extinção, porque as limitações resultam do contexto onde o beneficiário age na relação eu-mundo. As razões de saúde, deficiência ou de comportamento do beneficiário condicionadoras da formação ou formulação da sua vontade apenas relevam por contraponto aos factores sociais e ambientais em que pessoa interage e de acordo com as suas necessidades. O impacto de uma determinada patologia ou deficiência será sempre particular atento o estado de evolução, condições particulares do beneficiário e meios de apoio disponíveis. Pelo que pode o acompanhante desempenhar uma função coadjuvante à estabilização da condição clínica do beneficiário. É cogitável incluir no objecto do acompanhamento deveres de cuidado quanto aos cuidados de saúde e fixação de residência com vista a apoiar o beneficiário nas decisões a tomar e não como mero substituto, devidamente articuladas com a aposição de um termo curto (ou relativamente) curto de revisão da medida para assegurar a sua actualidade e proporção na intrusão na esfera de autodeterminação do beneficiário. O acompanhamento tem, por isso, a virtualidade de servir de *continuum* de apoio e verdadeira inclusão das pessoas que se encontram numa situação de especial vulnerabilidade e dependência resultante do cumprimento da medida de segurança e internamento compulsivo.

<sup>75</sup> Cf. Angie SCHNEIDER, „BGB § 1906a“, Rn 9.

<sup>76</sup> O artigo 148.º, n.º 2 do Código Civil não concretiza, em termos precisos, qual o prazo para requerer a autorização (fala em «imediatamente»), no entanto, atendendo à intervenção restritiva na liberdade do beneficiário, deverá servir de referência o prazo de 2 dias, por referência ao prazo para a decisão de confirmação do internamento urgente, nos termos artigo 26.º, n.º 2 da Lei de Saúde Mental, ressalvando, contudo, o artigo 137.º do Código de Processo Civil. Isto porque não foi incluído como serviço urgente para efeitos do regime de turnos previsto no artigo 53.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 49/2014, 23.03. (últ. alt. Rectificação n.º 22/2019, 17.05), que se tratava de um processo urgente, ao contrário da proposta do Centro de Direito da Família.

resulta claro que a decisão de internamento sem prévia obtenção de autorização (não se tratando de uma situação urgente ou faltando o pedido de ratificação) extravasa o âmbito dos poderes do acompanhante, sendo a decisão deste ineficaz em relação ao beneficiário (para efeitos de oponibilidade do eventual contrato ou obrigações emergentes do acto de internamento) e ilícita na ausência de uma causa de justificação (o que pode implicar a responsabilidade do acompanhante e da instituição que acolha o beneficiário).

Não se trata, portanto, de um vício de mera anulabilidade, uma vez que a decisão, porque respeita interesses jurídicos pessoais do beneficiário, atinge o âmago da esfera jurídica deste determinando a sua ilicitude por falta de causa de justificação bastante que justifique a coerção da sua liberdade. É no domínio da relação de direitos de personalidade que se encontra a garantia de sancionar uma actuação ilícita do acompanhante e que se espria ao responsável pela unidade onde o beneficiário se encontra internado. Mesmo que o internamento pressuponha a celebração de um contrato, a falta de eficácia da decisão do acompanhante torna o mesmo nulo, nos termos do artigo 280.º, n.º 2 do Código Civil, por violação da cláusula de ordem pública (o contrato encerra no seu objecto a violação do direito de liberdade do beneficiário).

Assim, a exigência de autorização é condição de eficácia da decisão do acompanhante. Ainda que se atribua a este a competência para escolha da instituição e modelo de internamento, a eficácia da sua decisão depende da chancela do tribunal, e neste sentido, será, atenta a natureza de facto complexo, uma medida judicial, porquanto não depende apenas da mera vontade do acompanhante, nem a autorização judicial é mera condição de eficácia.

A isto acresce a exigência, para aferir da legitimidade do acompanhante —atento o princípio de atribuição inerente a uma relação jurídica que se pauta por um mínimo de intervenção na esfera do beneficiário — que o acompanhante tenha poderes específicos para a tomada de decisão que bulam com a liberdade do beneficiário. Não bastam, por isso, meros poderes de representação geral para tomar esta decisão, exige-se uma especificação dos poderes atribuídos ao acompanhante em matéria de cuidado pessoal e determinação de residência ou a previsão específica de internamento. Poder-se-á, ainda, incluir, se associado ao internamento, a prestação de cuidados de saúde ao beneficiário.

#### 6.4. Processo equitativo: Juízo de proporcionalidade e fundamentação

Feito este percurso, cumpre traçar algumas notas referentes ao poder de decisão do tribunal quanto à autorização judicial.

Atendendo à ausência de processo especial, ter-se-á que adaptar as regras processuais do processo judicial de autorização aos princípios do novo paradigma, com vista a assegurar um processo equitativo. Partindo sempre do pressuposto e garantia de um processo equitativo que assegure a plena participação e representação do beneficiário no processo de autorização judicial (aqui se inclui o patrocínio judiciário)<sup>77</sup>.

Assim, quer a autorização seja pedida autonomamente, nos termos do artigo 1014.º do Código de Processo Civil ou cumulada em processo de revisão da medida, artigo 904.º, n.º 2 do Código de Processo Civil. Neste último caso, estamos a falar de situações em que é necessário alargar ou concretização do seu objecto para incluir nos poderes-deveres do acompanhante decisões sobre a residência e cuidados de saúde do beneficiário com vista a legitimar o pedido de autorização de internamento. Em qualquer caso deve ser assegurada a participação do beneficiário, através da sua chamada ao processo, enquanto interveniente principal, e materializada através da sua audição pessoal e directa pelo tribunal<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> A este respeito o Comité da Convenção das Nações Unidas no Comentário No. 7 (2018), de 09.11.2018, afirmou: «30. The right to participate also encompasses obligations related to the right to due process and the right to be heard. States parties that closely consult with and actively involve organizations of persons with disabilities in public decision-making also give effect to the right of persons with disabilities to full and effective participation in public and political life, including the right to vote and stand for elections (article 29 of the Convention).»

Veja-se como exemplo as garantias de *processo equitativo* no direito estadunidense próximas das garantias do processo crime: cf. Michael PERLIN / Eva SZELI. “Article 14: Liberty and Security of Person”, 414. Na discussão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos *Herczegfalvy c. Áustria* (1992). David HEWITT. “Do Humans Rights Impact on Mental Health Law”. *New Law Journal* 151 (2001) 1278.

<sup>78</sup> A este respeito, vejam-se os artigos da proposta do Centro de Direito da Família:

«Artigo 1016.º-A

1. Nos processos de autorização judicial relativos a decisões de internamento (...)

O objecto do processo dependerá do tipo de internamento requerido, sendo comum a todos os processos aferir da capacidade para decidir autonomamente do beneficiário (se necessário, a partir de prova pericial que, atenta a maior ou menor urgência, deverá ser realizada na própria audiência). Se o mesmo inclui cuidados de saúde, dever-se-á determinar os cuidados de saúde indicados, terapêutica e duração dos mesmos validando o internamento como meio idóneo a assegurar e promover a saúde do beneficiário. Se o internamento pressupuser mudança de residência ou for um meio de contenção, deverá ser acompanhado por relatório social, bem como relatório que indique os meios a utilizar, justificação da ausência de alternativas idóneas menos restritivas e prazo de duração. Aliás, é comum a qualquer decisão a previsão do termo do internamento ou, pelo menos, prazo de revisão, devendo o tribunal guiar-se pelo prazo de revisão de dois meses previstos pela lei de saúde mental (artigo 35.º, n.º 2 da Lei de Saúde Mental), aqui aplicados a título de analogia.

Em termos de critério de decisão, os poderes do tribunal circunscrevem-se a garantir os direitos fundamentais do beneficiário e não tanto a oportunidade da decisão de internamento tomada pelo acompanhante. Ou seja, ao tribunal exige-se que assegure a prossecução da vontade e interesse do beneficiário, a avaliação da capacidade deste e a justa medida da decisão em confronto com o impacto que a mesma assume perante os direitos do beneficiário. Não compete ao tribunal determinar ou controlar a escolha da instituição,

---

a) A audição do interessado é obrigatória; no caso de a comparência deste ser impossível ou representar sacrifício excessivo, deve o juiz deslocar-se à sua residência ou ao local em que este se encontra, com ressalva da intimidade da vida privada e familiar e da dignidade humana;

b) O juiz deve ouvir o médico assistente do incapaz e quem entenda por relevante em função das circunstâncias do caso concreto.

(...)

Artigo 1016.º-B

Confirmação e revisão de decisão de internamento e restrição da liberdade

1. O pedido de confirmação nos casos previstos n.º 2 do artigo 156.º-F do Código Civil é apresentado no prazo de vinte e quatro horas após o internamento.

2. Realizadas as diligências que reputar necessárias, o juiz profere decisão no prazo máximo de quarenta e oito horas a contar da entrada do pedido do curador.

3. A situação é revista oficiosamente ou a pedido de qualquer das pessoas indicadas n.º 1 do artigo 892.º.»

mas tão somente aferir se no caso em concreto é a opção que melhor assegura os interesses do beneficiário.

Atendendo à discricionariedade que a decisão de internamento encerra para o acompanhante, ao tribunal cabe escrutinar judicialmente a justa medida daquela decisão, conformado o caso concreto ao juízo de proporcionalidade. Porque, está em causa um momento de discricionariedade na ponderação e avaliação, caberá ao tribunal o dever de fundamentação descritiva da situação de facto, de forma a afiançar a validade da sua decisão. Neste ponto, assume-se como relevante não só o controlo substancial do mérito da lei e sua aplicação individual (verificação dos pressupostos que justificam o internamento e o concreto pedido de internamento), como o próprio *iter* processual da decisão e garantias da mesma.

A avaliação da capacidade do beneficiário no momento da decisão de internamento<sup>79</sup>, tomando em consideração a necessidade actual de proteger interesses próprios do beneficiário<sup>80</sup>, pressupõe que a opção pelo internamento seja adequada.

Assim, cabe ao tribunal assegurar que o beneficiário careça da capacidade de entender e querer necessária para avaliar o sentido e alcance da recusa do internamento, o internamento seja realizado em instituição adequada, a ausência de internamento implique um grave e imediato perigo para a sua vida ou integridade física (devendo este ser devidamente indicado e fundado) e que, num teste de proporcionalidade em sentido estrito, o internamento seja necessário para garantir os seus próprios interesses (e não de terceiros). No final deve sempre ser aposto termo do internamento ou ser determinado, officiosamente, o período de revisão do mesmo. O parâmetro legal, atenta a ausência de expressa regulação, deverá ser o prazo de revisão de dois meses previsto na lei de saúde mental, conforme acima referido, aplicando-se analogicamente com vista a assegurar uma interpretação conforme a Constituição.

---

<sup>79</sup> Neste sentido O.H. c. *Alemanha*, req. n.º 4646/08, para. 78 (ECLI:CE:ECHR:2011:1124JUD000464608); *Mihailovs v. Letónia*, req. n.º 35939/10, para 146 (ECLI:CE:ECHR:2013:0122JUD003593910).

<sup>80</sup> Parte-se do entendimento de *Parens patriae* enquanto pressuposto para o internamento civil no direito estadunidense a partir *Parens patriae*. ver Michael PERLIN/ Eva SZELI. “Article 14: Liberty and Security of Person”. 411 e s.

## 7. Conclusões

Feito este percurso, é nosso entendimento que o artigo 148.º do Código Civil se inscreve como uma norma legitimadora da actuação do acompanhante enquanto decisor *alternativo* ao beneficiário. Ou que apenas é possível quando este não tenha capacidade bastante para decidir num âmbito que objectivamente implica o seu confinamento no espaço. Não se fala em tratamentos compulsivos, somente a possibilidade de limitar a liberdade do beneficiário. A possibilidade de autorização cuidados de saúde será uma decorrência do âmbito de atribuições do acompanhante fixado por sentença. Em qualquer uma das intervenções, é pressuposto que o beneficiário não esteja em condições de decidir autonomamente. Caso esteja, então o internamento e tratamentos serão objecto da intervenção ao abrigo da Lei de Saúde Mental.

Assim, na verdade, não se pode falar, em sentido rigoroso, de internamento «civil», tão somente em determinar a legitimidade dos poderes de decisão do acompanhante. O internamento, esse, enquanto medida compulsória, continuará a encontrar a sua regulação na Lei de Saúde Mental, sem que com isso, não se deixe de prever uma articulação entre intervenção civil e saúde mental. Aliás, a medida de acompanhamento deve servir de instrumento de prevenção e promoção da saúde mental, bem como de rede de apoio aos beneficiários que tenham cumprido medida de segurança ou beneficiado de internamento e tratamento compulsivo<sup>81</sup>.

Uma última nota deve ser feita a respeito da aplicação em concreto do artigo 148.º do Código Civil (e, num certo sentido, na

---

<sup>81</sup> No projecto do Centro de Direito da Família previa-se expressamente a sindicância da subsidiariedade da intervenção no âmbito da lei de saúde mental, apresentando-se a curatela (nome da medida, mas que se pode equiparar à medida de maior acompanhado) como alternativa a ponderar dentro do juízo de adequação. Transcrevendo a proposta de alteração do artigo 15.º:

«3. Para os mesmos efeitos, e em igual prazo, o processo vai com vista ao Ministério Público que deve averiguar da existência dos pressupostos de funcionamento do regime de protecção de pessoas maiores.»

Não obstante a ausência de expressa previsão, a vinculação directa dos direitos fundamentais exige aos operadores judiciais a consideração da subsidiariedade e proporcionalidade da intervenção em termos compulsórios face à existência de mecanismos idóneos, menos restritivos.



aplicação de todo o instituto). Os direitos do beneficiário devem ser garantidos através de um processo equitativo que pressupõe a efectiva representação dos seus interesses<sup>82</sup>. Exigindo-se um efectivo contacto com o beneficiário, previamente às diligências, bem como assumir os interesses por ele manifestados. Tal será relevante, atenta à realização da justiça, em particular, numa perspectiva da teoria da *justiça terapêutica*<sup>83</sup>. A participação processual efectiva do beneficiário tende a favorecer a percepção de um processo justo e equitativo por parte dos seus intervenientes directos. Tal contribui para a materialização da igualdade e dignidade devidas às pessoas com deficiência, afirmando-se pela via adjectiva, o seu pleno estatuto<sup>84</sup>. Tal é particularmente relevante para assegurar que a medida em si não se esgota no espectro meramente processual e permite, através dela, a realização dos fins que asseguram o bem-estar e promovem a autodeterminação do beneficiário, uma vez que o internamento é somente um meio de realização dos interesses deste e não um fim em si mesmo.

---

<sup>82</sup> Para uma abordagem crítica ao papel do advogado na representação de pacientes do foro mental, ainda que a respeito da experiência estadunidense, não deixará, certamente, de ser pertinente na nossa ordem jurídica Bruce WINICK. “Therapeutic Jurisprudence and the Civil Commitment Hearing”. *Journal of Contemporary Legal Issues* 10 (1999) 37-60, p. 40-44. Este autor dá nota que o Defensor muitas vezes assume uma posição paternalista, preocupada com os melhores interesses, limitando-se o processo a ser uma validação de uma decisão, uma pura formalidade destituída de efeitos garantísticos dos direitos do beneficiário.

<sup>83</sup> Para um enquadramento histórico e de teoria sobre a justiça terapêutica veja-se David WEXLER. “The Development of Therapeutic Jurisprudence: From Theory to Practice”. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico* 68 (1999) 691-706.

Cf. Michael PERLIN / Eva SZELI. “Article 14: Liberty and Security of Person”. 416-417.

<sup>84</sup> Cf. Bruce WINICK, “Therapeutic Jurisprudence”, 44-45. Este autor refere a participação como meio de *decisão negociada*, ou que obtenha a adesão do beneficiário e não como imposição de uma decisão unilateral estranha ao seu destinatário e que representa a hétero-determinação de interesses (cf. *ibid.* p. 59).

# O ESPECTRO DO ARTIGO 46.º DA LEI DE SAÚDE MENTAL

## AINDA A GESTÃO DO PATRIMÓNIO DOS MAIORES NÃO ACOMPANHADOS?

[https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia\\_psiquica/10](https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia_psiquica/10)

*Paula Távora Vitor*

Professora FDUC

Investigadora do IJ

### **1. Introdução. Em busca das raízes do artigo 46.º da Lei de Saúde Mental**

O presente trabalho ocupa-se de uma disposição pequena, obscura (quase deslocada, dir-se-ia), aparentemente menor, mas que, segundo creio, esconde uma dimensão inesperada. Trata-se do artigo 46.º da Lei de Saúde Mental (Lei n.º 36/98, de 24 de Julho), um preceito que, na sua redação inicial, – só alterada recentemente com a Lei 49/2018, que introduziu o regime do maior acompanhado – determinava: “A gestão do património dos doentes mentais não declarados incapazes é regulada por decreto-lei.”

O artigo 46.º abria (e continua nessa posição) a parte da Lei n.º 36/98, de 24 de Julho, dedicada às disposições finais. Assim separada do corpo principal daquela que é uma Lei de Saúde Mental, graças às suas normais iniciais, que lhe conferem a natureza de instrumento do “Direito da Saúde”, mas que assume como o seu coração, a parte dedicada ao internamento Compulsivo, a questão

da “gestão do património dos doentes mentais não declarados incapazes” era posicionada como uma questão de Direito Civil, patrimonial, que não convocaria o edifício principialista e garantístico essencial às restantes (sensibilíssimas) matérias do diploma<sup>1</sup>.

Apesar das fórmulas genéricas que adotou, artigo 46.º da LSM tinha uma preocupação muito específica em mente e não pode ser compreendido sem um pouco de história.

Quando surgiu inserido na versão original, de 1998, da Lei de Saúde Mental, confrontava-se, em primeira linha, com o problema da *gestão das pensões dos doentes internados em serviços de saúde mental*, cuja larga maioria parecia viver desabrigada de qualquer estatuto jurídico que se dirigisse à sua situação. Na verdade, segundo dados de um estudo da Inspeção-geral de Saúde de 2003, sobre este tema, verificou-se que em grande parte dos casos, nenhum doente internado nestes serviços estava referenciado como interdito ou inabilitado, não existindo, portanto, um tutor judicialmente nomeado que o representasse ou um curador que pudesse exercer a assistência.<sup>2</sup>

A solução encontrada, em termos práticos, para responder aos problemas levantados fundamentalmente por um acervo que se acumulava, em virtude da receção de pensões sociais, e ao qual os doentes internados acabavam por, de facto, não ter acesso, passou pela criação, por parte dos hospitais psiquiátricos e com internamento psiquiátrico de corpos de regras que disciplinava esta “gestão”. De facto, no início de 2000, das vinte unidades que dispunham de internamento dos doentes, apenas três *não* geriam o pecúlio destes e onze destas entidades haviam criado regulamentos de gestão do dinheiro dos doentes<sup>3</sup>.

Debruçando-nos sobre uma amostra destes regulamentos<sup>4</sup> (disponibilizados no ano de 2002), verificavam-se os seguintes traços:

---

<sup>1</sup> Maria João ANTUNES, “Internamento compulsivo de portador de anomalia, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2016, em particular p. 431 s.

<sup>2</sup> INSPECÇÃO-GERAL DA SAÚDE, *Intervenção temática sobre “Gestão de Recursos Financeiros de Doentes Internados em Serviços de Saúde Mental”* (Proc. N.º 2/2003 – IT) de 26 de Setembro de 2003, da autoria de Olga Maria Barreira, Maria dos Anjos Franco dos Santos Rodrigues e Maria Edite Soares Correia, ed. policopiada.

<sup>3</sup> INSPECÇÃO-GERAL DA SAÚDE, *Intervenção temática*, 27-28.

<sup>4</sup> A minha análise baseia-se nos regulamentos disponibilizados por três hospitais psiquiátricos e por um hospital geral com internamento psiquiátrico,

(i) as normas nem sempre distinguiam pessoas interditas e inabilitadas de pessoas não incapacitadas, aplicando as suas disposições indistintamente a ambas, comportando, por isso, um desrespeito pelo seu “estatuto pessoal” (ao tratarem como incapaz quem não tinha sido incapacitado – procedendo, portanto, a uma “incapacitação informal”) ou por decisões judiciais (ao ignorarem as medidas de proteção determinadas pelo tribunal), ao arrepio das normas constitucionais (artigo 26.º/3 CRP) e do regime do Código Civil então vigente; (ii) mesmo quando se procedia àquela distinção, por vezes, , consagrava-se a possibilidade de os tutores “não pertencentes à administração do hospital” serem solicitados a transferir a administração dos bens, mais precisamente “as responsabilidades na gestão das pensões”, para um membro da administração do hospital, uma possibilidade contrária à lei, uma vez que o tutor só se poderia desvincular dos seus poderes-deveres por ordem do Tribunal, dada a sua natureza irrenunciável, intransmissível e o controlo objetivo do seu exercício; (iii) outras regras consideravam que os familiares do doente, em virtude unicamente dessa qualidade, seriam responsáveis pelas decisões sobre os bens dos doentes ou partiam do princípio de que os poderes de administração seriam transferidos para o pessoal do hospital, especialmente em relação às pensões dos doentes. Esta última opção, além dos problemas sobre a legitimidade para a nomeação de representantes e assistentes, levantava dúvidas quanto à conveniência da gestão de interesses alheios por parte de entidades que podem facilmente entrar em conflitos de interesses com as pessoas que se encontram numa situação prática de subordinação; (iv) num destes corpos de regras o hospital previa a “efectivação de negócios a prazo e/ou a aplicação e utilização dos juros para realização de obras de beneficiação nos Serviços e/ou afectação de verbas em iniciativas em benefício dos doentes”, uma prática do hospital que violava frontalmente o direito de propriedade do doente; (v) método geralmente adotado consistia na criação de uma conta bancária, cujo titular era o hospital, que se subdividia em conta particulares dos doentes, com obrigatoriedade de registo de movimentos e controlo formal por parte de uma equipa.

---

facultados pelas respetivas administrações, em 2002. Para preservar o anonimato destas instituições, que tão prontamente prestaram a sua colaboração, omitirei a sua identificação.

Em conclusão, estes regulamentos apresentavam disposições que contrariavam a lei e levantavam dúvidas em relação à sua constitucionalidade. Ora, a Constituição e a lei configuram limites ao poder regulamentar, tal como decorre da hierarquia das fontes de direito.<sup>5</sup> Configuravam, portanto, uma solução insustentável e urgia solucionar o problema da administração das pensões dos doentes internados em serviços de saúde mental.

Mas a exortação legislativa do artigo 46.º da LSM abrangia mais do que o problema da gestão das pensões dos doentes internados em serviços de saúde mental. Dirigia-se a todo o sistema vigente e denunciava que os regimes da interdição e da inabilitação não davam resposta nem à administração das pensões dos doentes *internados*, nem de forma mais alargada à gestão do património *de outros* que necessitariam de apoio mas se encontravam fora da malha destes regimes<sup>6</sup>.

## 2. Um novo cenário

Vinte anos passados sobre a publicação da Lei de Saúde Mental, vários aspetos mudaram no panorama nacional com implicações nesta disposição da Lei de Saúde Mental.

No âmbito das estruturas que comportavam internamento psiquiátrico, tendo em vista da implementação dos objetivos definidos pelo Plano Nacional de Saúde Mental (PNSM) 2007-2016, iniciou-se um processo de reestruturação dos serviços de saúde mental, que levou ao encerramento de hospitais psiquiátricos e à transferência dos doentes para outro tipo de estruturas na comunidade<sup>7</sup>. Este

---

<sup>5</sup> Sintetizo a análise que levei a cabo na minha dissertação de mestrado, publicada em Paula Távora Vítor, *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 53-58.

<sup>6</sup> Cf. Paula Távora Vítor, *A administração do património*, 58-62 e 37-47.

<sup>7</sup> “Como decorre do PNSM, o sucesso de tal processo de desinstitucionalização depende de a saída dos utentes se desenvolver de acordo com o ritmo de criação de estruturas de cuidados continuados. Não obstante a constatação de terem sido encontradas alternativas residenciais para os doentes que estavam internados nos hospitais psiquiátricos encerrados, este encerramento não foi acompanhado da criação de novas estruturas, tanto mais que as metas relativas a cuidados continuados no PNSM 2007-2016 apresentam desfazamentos temporais

processo foi acompanhado amiúde pela regularização do ponto de vista jurídico da situação dos doentes que se encontravam internados e à instauração de ações de interdição ou inabilitação<sup>8</sup>.

No contexto do sistema legal, continuou a assistir-se a um movimento internacional de reforma nos ordenamentos mais próximos do nosso espaço no sentido da supressão das incapacidades tradicionais. Este movimento, iluminado por uma recompreensão dos valores sociais e dos direitos fundamentais convocados pela resposta jurídica à condição das pessoas maiores com capacidade diminuída, recebeu em 2006 um poderoso impulso, graças à aprovação pelas Nações Unidas da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada e ratificada pelo Estado Português em 2009<sup>9</sup>, que não formulou qualquer reserva.

No cenário nacional, também assistimos a várias iniciativas que tiveram em vista operar uma reconfiguração do sistema de salvaguarda das pessoas maiores em função do novo paradigma que se começava a desenhar, mas que, em virtude de diferentes conjunturas políticas e sociais, não chegaram a ter assento parlamentar. A iniciativa inaugural teve lugar logo um ano após a publicação da Lei de Saúde Mental: em 1999-2000 foi elaborada por uma “Comissão de Juristas” uma proposta de alteração do “regime de protecção jurídica dos maiores em situação de incapacidade”; seguidamente, em 2003-2005, encontramos o trabalho do Grupo CID – Crianças, Idosos e Deficientes/Cidadania, Instituições e Direitos (do Ministério da Segurança Social e do Trabalho); em 2004-2005, foi a vez de a Direção-Geral de Saúde se debruçar sobre o projeto de regulamentação legal da administração do património dos doentes mentais; e em 2009, a Coordenação de Saúde Mental ocupou-se de um projeto de regulamentação legal da administração do

---

na concretização, e a rede de cuidados continuados integrados de saúde mental, prevista no Decreto-Lei n.º 8/2010, de 28 de janeiro, carece de implementação (ACSS, 201).” ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Acesso e Qualidade nos Cuidados de Saúde Mental*, disponível em: [https://www.ers.pt/uploads/writer\\_file/document/1500/Estudo\\_Saude\\_Mental\\_\\_versao\\_publicar\\_\\_v.2.pdf](https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/1500/Estudo_Saude_Mental__versao_publicar__v.2.pdf).

<sup>8</sup> Segundo dados de 2014, disponibilizados pelo Ministério da Justiça, as ações declarativas findas nos tribunais judiciais de 1.ª instância, no ano de 2013, resultaram no decretamento de 2 147 interdições e de apenas 167 inabilitações.

<sup>9</sup> Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009 e Resolução da Assembleia da República n.º 57/2009.

património dos doentes mentais. Por fim, no quadro das propostas de novo regime dos adultos com capacidade diminuída sem assento parlamentar, cabe referir o projeto do Centro de Direito da Família, concluído em janeiro de 2017<sup>10</sup>.

Só em datas mais recentes – a partir de 2015 – viemos a conhecer iniciativas que chegaram ao Parlamento<sup>11</sup> e, finalmente, com a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto<sup>12</sup>, procedeu-se à reforma do tradicional regime das incapacidades.

### 3. O novo regime do “maior acompanhado” e a manutenção do artigo 46.º da LSM

A reforma de 2018 veio revogar os institutos da interdição e da inabilitação e introduzir no Código Civil um regime de salvaguarda de pessoas maiores assente numa medida de proteção central – o acompanhamento. Este sistema, apresentado como monista<sup>13</sup>, não assenta na necessária incapacitação do beneficiário<sup>14</sup>, identifica o *princípio da necessidade*<sup>15</sup> como princípio dirigente da determinação da medida e pretende, portanto, permitir uma *intervenção adaptada* ao caso concreto, à resposta que qualquer situação de capacidade diminuída possa convocar.

---

<sup>10</sup> Paula Távora Vítor / Geraldo Rocha RIBEIRO, *Proposta de Lei sobre a Condição Jurídica das Pessoas Maiores em Situação de Incapacidade. Revisão do Código Civil*, Centro de Direito da Família, 17 de janeiro de 2017, disponível em: <http://www.centrodedireitodafamilia.org/relatórios/2017/“proposta-de-lei-sobre-condição-jur%C3%ADdica-das-pessoas-maiores-em-situa%C3%A7%C3%A3o-de-”>

<sup>11</sup> Esta época foi inaugurada parlamentarmente pelo Projeto de Lei n.º 61/ XIII/1.º, de dezembro de 2015, apresentado pelos grupos parlamentares do PSD e do CDS-PP e posteriormente consolidada com a Proposta de Lei n.º 110/ XIII, de iniciativa governamental e que veio desembocar na Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto.

<sup>12</sup> O diploma teve na sua base um Estudo de Política Legislativa da autoria de António Menezes CORDEIRO / António Pinto MONTEIRO, *Da situação jurídica do maior acompanhado, Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das incapacidades denominadas dos maiores*, disponível em: [http://www.smmpt.pt/wp-content/uploads/Estudo\\_Menezes-CordeiroPinto-MonteiroMTS.pdf](http://www.smmpt.pt/wp-content/uploads/Estudo_Menezes-CordeiroPinto-MonteiroMTS.pdf).

<sup>13</sup> Proposta de Lei n.º 110/ XIII, p. 4.

<sup>14</sup> Artigo 147.º e, no entendimento que faço do artigo 145.º, n.º 2, al. d) do cc.

<sup>15</sup> Artigo 145.º, n.º 1, do cc.

Um regime dotado de *plasticidade* anunciada desde logo na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 110/XIII<sup>16</sup> deveria ter condenado à obsolescência o artigo 46.º da LSM, que não pareceria não ter outro destino senão a sua *revogação*. Ora, a Lei n.º 49/2018 não tomou esta opção.

Poderia ter ignorado o artigo 46.º da LSM e, assim, ainda poderia equacionar-se que a sua manutenção teria resultado de um lapso do legislador, uma disposição que teria sido inadvertidamente ignorada e escapado por entre as malhas reformistas. Mas, na verdade, o artigo 46.º da não foi ignorado – foi *mantido e objeto de alterações* com a Reforma de 2018. Estas alterações consistiram naquilo que, num primeiro contacto, pouco mais será do que uma adaptação à *nova terminologia*. Onde se lia “não declarados incapazes” passou a ler-se “não acompanhados”, uma vez que a medida de proteção agora vigente, ao contrário das anteriores interdição e inabilitação, não implica a incapacitação do beneficiário. Deste modo, continua a manter-se o propósito de uma *intervenção legislativa futura*, no sentido da regulação da gestão do património dos doentes mentais não acompanhados por decreto-lei.

Cabe assim perguntar se esta exortação legislativa continua a *justificar-se*, que será o mesmo que averiguar se o quadro jurídico introduzido por ocasião da criação do regime do maior acompanhado deixou *sem cobertura* questões relativas à gestão do património daqueles que em virtude de “doença mental” possam necessitar de apoio nesse âmbito. Temos, portanto, de avaliar se, do ponto de vista *subjeto*, o regime do acompanhamento não responde a estas situações e/ou, se do ponto de vista o *objeto*, também o extravasam.

#### **4. As respostas do regime do maior acompanhado à “gestão do património dos doentes mentais”**

##### **4.1. Âmbito subjeto**

O artigo 46.º da LSM aponta como seu alvo subjeto os “doentes mentais”. Já em 1998, a formulação não seria a mais abrangente. Se interessava criar um regime de administração do património, em

<sup>16</sup> Proposta de Lei n.º 110/XIII, 4.



termos genéricos, para aqueles que não estivessem sob chapéu das medidas do Código Civil, interessava fazê-lo não só para que dele beneficiassem aqueles que padecessem de “doença mental”, mas ainda de outra “anomalia psíquica”<sup>17</sup> – como o Código Civil se referia então em formulação ainda pouco rigorosa, mas que apontava para qualquer alteração das faculdades mentais que eventualmente pudesse conduzir a limitações na “capacidade de querer e entender”.

A referência aos “doentes mentais” faz um claro aceno ao tal “problema de base” que preocupava o legislador da LSM – a administração do pecúlio dos doentes *internados* em serviços psiquiátricos. Ora, já então, como agora, a formulação legal superava o confinamento a este círculo – não distinguia e não distingue, e com razão, como alvo subjetivo da esperada regulamentação, “doentes mentais” internados e não internados. E muito menos assume qualquer distinção entre doentes internados voluntária ou compulsivamente<sup>18</sup>. De facto, não tem verdadeiro interesse a construção de um regime para a administração do património dos “doentes mentais” pensado *apenas para a realidade dos doentes internados*<sup>19</sup>, porque uma parte progressivamente crescente das pessoas com doença mental, ainda que grave, encontra-se atualmente na comunidade, seja no seu domicílio, seja em estruturas residenciais não hospitalares, quer (i) em virtude de um *processo gradual de desinstitucionalização* dos doentes de longo internamento dos hospitais psiquiátricos do sector público e dos centros assistenciais dos institutos religiosos, quer (ii) por uma assunção *ab initio* de que se deve privilegiar um maior equilíbrio entre modelos hospitalares e comunitários, com a tónica neste<sup>20</sup>. Estas inserções não são estanques – pense-se, por

<sup>17</sup> Acerca da não coincidência dos conceitos jurídicos com os conceitos psiquiátricos, ver já no anterior Direito, sob a vigência do Código de Seabra, V. A. Ferrer CORREIA / Eduardo CORREIA, “Fundamento da interdição por demência”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 86/3016-3020 (1954) 309; e J. Dias MARQUES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1958, 126.

<sup>18</sup> Apesar de o foco da Lei de Saúde Mental estar dirigido para o internamento compulsivo (cf. artigos 6.º-44.º da LSM).

<sup>19</sup> Já o defendemos em Paula Távora Vítor, *A administração do património*, 58 s.

<sup>20</sup> Cf. Resolução de Conselho Ministro n.º 49/2008, de 6 de Março, em particular ponto 1.4, mas também o artigo 3.º da LSM. Estas opções seguem, aliás, as mais recentes orientações internacionais sobre a matéria. Ver, entre outros,

exemplo, nos internamentos intermitentes ou ocasionais de pessoas em período de descompensação – e, portanto, justifica-se pensar em soluções abrangentes, que perpassem os *vários cenários possíveis*, hospital, comunitário e familiar.

Tal não quererá dizer que o *internamento* não apresente *especificidades* quanto à questão da administração do património de quem se encontra nesta situação e estas especificidades merecem ser consideradas, como veremos. Todavia, o nosso primeiro passo deverá ser determinar *quem são* aqueles que necessitam de *apoio no processo decisório* relativamente à gestão do seu património.

E, de facto, haverá “doentes mentais” que, em virtude da sua situação, necessitarão deste apoio, mas só se tal implicar uma diminuição da sua capacidade neste âmbito que – adiantamos – não seja suprida de outra forma. A *abordagem clínica* subjacente à identificação do fundamento para uma intervenção jurídica na Lei de Saúde Mental (“ser doente mental”) continua a estar presente na reforma do Código Civil, no regime do maior acompanhado. Na verdade, um dos elementos do *tríptico de fundamentos* introduzido para determinar a medida de acompanhamento são precisamente as “razões de saúde” (ao lado da “deficiência” e da arriscada referência ao “comportamento”) – artigo 138.º do cc<sup>21</sup>. Ora, esta abordagem a que parece

---

Vikram PATEL *et al.*, “The Lancet Commission on global mental health and sustainable development”, *The Lancet* 392/10157, p. 5 s., publicado online a 9 de outubro de 2018, disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(18\)31612-X/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(18)31612-X/fulltext).

<sup>21</sup> Entendo que devemos interpretar estes conceitos de forma a não aceitar com muita amplitude aquilo que pode ser fundamento de medida de acompanhamento, uma vez que estamos perante o recurso a instrumentos que podem constituir uma grave intromissão na vida privada e familiar (artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem), como aliás já foi reconhecido na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (v. os casos *Bensaid v. United Kingdom*, (App. no. 44599/98); *Stanev v. Bulgaria* (App. no. 36760/06) e *Salontaj-Drobnjak v. Serbia* (App. no. 36500/05). Já o tinha aventado em Paula Távora VÍTOR, “Os novos regimes de proteção das pessoas com capacidade diminuída”, in *Autonomia e capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, Porto: Edição UP – Universidade do Porto, e-book, 132; e IDEM, “Anotação ao artigo 138.º”, in Ana PRATA, coord., *Código Civil Anotado*, vol. 1, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, 168. Posição mais ampla parece ser adotada por António Menezes CORDEIRO / António Pinto MONTEIRO, *Da situação jurídica do maior acompanhado*, 118; e por Mafalda Miranda BARBOSA, *Maiores*

fazer-se aceno não pode ser sustentada face ao claro *abandono* pelo direito internacional do *modelo médico* no tratamento da condição jurídica dos maiores com capacidade diminuída<sup>22</sup>. De facto, o modelo dominante – que ostenta o selo da Convenção das Nações Unidas dos Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) – é o *modelo biopsicossocial*. Este aponta para que se faça uma determinação do alvo subjetivo dos sistemas de salvaguarda de pessoas maiores em função de um *critério jurídico* – que identifica a *deficiência*, enquanto conceito em evolução com o resultado da “interacção entre pessoas com incapacidades e barreiras comportamentais e ambientais que impedem a sua participação plena e efectiva na sociedade em condições de igualdade com as outras pessoas” (Preâmbulo, considerando (e) CDPD)<sup>23</sup>.

#### 4.2. Âmbito objetivo

Do ponto de vista do objeto, o artigo 46.º da LSM prevê que se crie um corpo de regras relativo à “gestão do património”. Cabe, então, perguntar em que podem consistir estas regras e se não podemos já extraí-las do novo regime do acompanhamento. Na verdade, é necessário averiguar acerca da necessidade de criar um *outro regime* para “não acompanhados”, uma vez que o acompanhamento foi introduzido para ser um regime como potencialmente minimalista e perfeitamente adaptável a qualquer caso<sup>24</sup>.

---

*Acompanhados, Primeiras Notas depois da aprovação da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto*, GestLegal, 2018, principalmente p. 54 s.

<sup>22</sup> Por todos, ver J. Correia GOMES, “Constitucionalismo, Deficiência Mental e Discapacidade: um Apelo aos Direitos”, *Julgar* 29 (2016) 126 s. Reconhecendo ainda remissões para o modelo médico no novo regime, ver Mariana Fontes da COSTA, “O reconhecimento do princípio da proibição do excesso como critério delimitador das medidas de acompanhamento das pessoas com deficiência”, In *Autonomia e capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, Porto: UP-Universidade do Porto, e-book, 114.

<sup>23</sup> V. também o n.º 2 do seu artigo 1.º, que define pessoas com deficiência como “aqueles que têm incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interação com várias barreiras podem impedir a sua plena e efetiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros”. Adota-se, portanto, uma abordagem biopsicossocial deste conceito.

<sup>24</sup> Foi descrito na Proposta de Lei n.º 110/XIII como passível de conceder “resposta específica e individualizada, adequada à situação concreta da pessoa protegida”. Proposta de Lei n.º 110/ XIII, p. 5.

Parece-nos que, ao referir-se à “gestão do património”, a Lei de Saúde Mental se dirige ao *problema* e não à resposta. As *respostas*, essas, poderão ser dadas através de *vários institutos*, que aliás, estão previstos no âmbito de atribuições potencialmente acometível ao *acompanhante*<sup>25</sup>.

Na verdade, a *gestão do património* pode levar-se a cabo exercendo poderes de *representação* (recompreendidos à luz do artigo 12.º da CDPD e das suas exigências de abandono da lógica da substituição<sup>26</sup>), mas também assumindo outra configuração, como as “*intervenções de outro tipo*” previstas na al. c) do artigo 145.º do cc, circunscritas à área patrimonial<sup>27</sup>. O regime de maior acompanhado autonomiza ainda a administração de bens, tanto face à representação como às intervenções de outro tipo, embora estas classicamente impliquem o exercício de poderes de representação – v. artigo 1971.º, n.º 2 do cc. Note-se, todavia, que, ao prever o recurso este instituto, o regime do acompanhamento efetua uma *remissão* para o regime da administração dos bens dos menores (artigo 145.º, n.º 5, do cc). Ora, as exigências de *proporcionalidade* que presidem ao artigo 145.º do cc (e à determinação da medida) exigem que se atribua um alcance limitado à remissão para tais regras e que, do ponto de vista interpretativo, se transfira o foco para as “*adaptações necessárias*” deste regime, pensado para uma realidade bem distinta de capacitação. Apesar da remissão genérica, estas regras não podem assumir mais do que uma função supletiva, sob pena de tal remissão se revelar contrária às exigências constitucionais e de direito internacional que se fazem ao sistema<sup>28</sup>.

Creio, portanto, que este *esforço interpretativo*, conjugado com outras exigências da Lei n.º 49/2018, nomeadamente com a

<sup>25</sup> Artigo 145.º, n.º 2, do cc.

<sup>26</sup> Superam a lógica da substituição as chamadas “*facilitated decisions*”. Estas decisões pautam-se pela vontade e preferências da pessoa e, nos casos em que não é possível determiná-la, pela “*melhor interpretação da vontade e das preferências*”, que deve substituir o padrão dos “*melhores interesses*” (Comentário Geral n.º 1, § 21). Caso contrário, se for este o padrão adotado, cair-se-á num modelo de substituição. Sobre este conceito, ver Michael BACH / Lana KERZNER, *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*, Law Commission of Ontario, October 2010, 91 s.

<sup>27</sup> Paula Távora VÍTOR, “*Anotação ao artigo 145.º*”, in Ana PRATA, coord., *Código Civil Anotado*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, 183-184.

<sup>28</sup> Já em Paula Távora VÍTOR, “*Os novos regimes de proteção*”, 133; e IDEM, “*Anotação ao artigo 145.º*”, 184.

*flexibilidade* que se imprime com a consagração da *não vinculação pelo pedido* (artigo 145.º, n.º 2, do CC) e com a eleição do *princípio da necessidade* como princípio estruturante na modelação da medida (artigo 145.º, n.º 1 do CC), implicam que *não* exista hoje a *mesma urgência* de criar um quadro alternativo como existia em 1998, face à inadequação da rigidez da interdição e da inabilitação<sup>29</sup>.

Poder-se-ia pensar que o *novo regime*, em conformidade com o foco atual nas questões do foro pessoal, teria descurado as questões do património. Esta não é, todavia, uma tendência que se lhe possa apontar. Na verdade, poderemos até sustentar o contrário – que a *lógica patrimonialista* e a abordagem que lhe está associada acaba por estar bastante presente, notando-se, por exemplo, a manutenção da tónica na proteção da segurança do tráfico jurídico (cf. artigo 154.º do CC)<sup>30</sup>. É nesta lógica que se inserem as exigências especiais que o n.º 3 do artigo 145.º faz relativamente a um *grupo de atos*, respeitante a uma *categoria de bens* – “atos de disposição de bens imóveis”. A prática destes atos necessita de autorização judicial (“prévia”) específica. Entendeu, portanto, o legislador, ligado ainda a uma preocupação *tradicional* de valorização do *património imobiliário*, que os atos que impliquem a sua saída do acervo do acompanhado fossem rodeados de especial proteção, que implicasse a intervenção do tribunal<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Este quadro legislativo motivou o Comité dos Direitos das Pessoas com Deficiência, no Relatório de 20 de Maio de 2016, a recomendar a reforma do sistema jurídico português de incapacidades com vista à inclusão das pessoas com deficiência e à garantia dos seus direitos através da revogação dos institutos da interdição e da inabilitação. *Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the initial report of Portugal* (20 de maio de 2016, adotada pelo comité na sua décima quinta sessão (29 de março -21 de abril de 2016).

<sup>30</sup> A propósito do novo artigo 154.º, ver Paulo Mota PINTO, “Valor jurídico dos atos do maior acompanhado”, in António Pinto MONTEIRO, coord., *Colóquio O novo regime do maior acompanhado*, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, 109 ss.

<sup>31</sup> A redação do preceito não deixa, todavia, claro quem necessita desta autorização para alienar bens imóveis, no entanto, inclinamo-nos para que esteja a referir-se ao ato do acompanhante, no âmbito dos poderes que lhe sejam concedidos. Significa, então, que esta disposição funciona como regra especial face ao regime geral dos artigos 1937.º e 1938.º do CC, relativo à tutela dos menores, que a lei manda aplicar por remissão. Se se referisse aos atos do acompanhado, estaríamos perante uma restrição adicional à capacidade derivada diretamente da

As exigências desta ordem, com o tradicional foco na riqueza imobiliária, não só trazem reminiscências de um entendimento ultrapassado da capacidade diminuída dos maiores – que vê o “inca-paz” como o “outro”, o “perdulário” do património familiar – mas ao aparecerem isoladamente colocam o legislador português uma vez mais a ignorar as especificidades de gestão do chamado “novo património”<sup>32</sup> e a sua relevância no Direito das Pessoas e da Família (que é, aliás, testemunhada pela atenção dada a questões patrimoniais específicas no artigo 12.º, n.º 5, da CDPD<sup>33</sup>).

Uma *eventual resposta limitada* do regime do acompanhamento – e, portanto, o *espaço para ulteriores desenvolvimentos* legislativos que o novo artigo 46.º da LSM continua a advogar – poderia também ser sustentada pela leitura do atual artigo 146.º do CC, com a sua menção ao padrão de atuação do acompanhante identificado com

---

lei, sem que houvesse modelação em função do caso concreto e que apresentaria claras reminiscências do núcleo mínimo de incapacidade previsto para a inabilitação no antigo artigo 153.º, que parece ser de afastar.

<sup>32</sup> Tanto no Direito das Pessoas, em geral, como no Direito da Família, em particular, os desenvolvimentos do conceito de património, em particular os avanços permitidos pela consideração da chamada *new property*, não têm sido objeto de incorporação nas soluções legislativas. A conceptualização de uma “nova propriedade” partiu do trabalho de Charles Reich, de 1964, que se centra na importância do emprego ou da profissão e dos benefícios relacionados com estas, tais como as prestações sociais, como as principais fontes de riqueza, destronando a “velha propriedade” no papel que representava enquanto “base económica para a liberdade” (Charles REICH, «The New Property», *The Yale Law Journal* 73/5 [April, 1964] 787). O fito de Reich é conceder uma tutela jurídica forte a estas novas formas de riqueza, configurando-as como verdadeiros direitos. *Ibid.*, 785, 787. Ver também P. CATALÁ, «La Transformation du Patrimoine dans le Droit Civil Moderne», *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 64 (1966) especialmente 195-198 e 200. Entre nós, escreve a propósito dos “direitos em formação”, João Carlos LOUREIRO, *Adeus ao Estado Social? A segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos “Direitos Adquiridos”*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 114 e s.

<sup>33</sup> L. SERIES / A. NILSSON. “Article 12, Equal Recognition before the law”, in I. BANTEKAS / M.A. STEIN / D. ANASTASIOU, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, Oxford-UK: Oxford University Press; 2018, 373 s. Valeria EBOLI, “Articolo 12, Uguali riconoscimento dinanzi alla legge”, in Sergio MARCHISIO / Rachele CERA, Valentina DELLA FINA, a cura di, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Comentario Disabilità*. Istituto di Studi Giuridici Internazionali, Aracne, 2010, 177-178.

“a diligência requerida a um bom pai de família, na concreta situação considerada”, um *padrão de natureza objetiva*, que facilmente se identifica com o *melhor interesse*, ao arrepio do respeito pela “vontade e preferências” da pessoa que expressa o *princípio da autonomia* (v. considerando n) do Preâmbulo da CDPD) e é a chave para entender o *modelo do apoio*<sup>34</sup>.

Todavia, também aqui não pode deixar de se efetuar uma interpretação conforme à CDPD e, portanto, favorável ao *princípio da autonomia* e a qualquer das suas manifestações, que a consagração de um dever de contacto com a pessoa acompanhada pode favorecer (cf. artigo 146.º do CC) e que é a única forma de concretizar um verdadeiro *modelo de apoio*.

## 5. Ainda a intervenção legislativa

Será, então, que podemos considerar que o artigo 46.º da LSM, um *enxerto esperançoso*, feito em 1998, na Lei de Saúde Mental, que, ao longo dos anos, se foi transfigurando num *espinho* (pelo quase esquecimento a que foi votada), e que neste momento não provoca mais do que uma *dor fantasma* na carne deste diploma uma vez que a questão que levantava foi já cabalmente resolvida pelo novo regime do Código Civil?

Ainda que possamos sustentar que o *regime do acompanhamento* nos dá *resposta flexível* (temperada, é certo, por vários esforços interpretativos), teremos que nos perguntar que *espaço problemático* é ainda ocupado pelos “doentes mentais”, ou melhor, pelas *pessoas com capacidade diminuída* (também em virtude da doença mental) “não acompanhad[a]s”.

Na verdade, o *sistema de salvaguarda de pessoas maiores* não é composto apenas pela medida institucional do acompanhamento. Aliás, ao círculo de destinatários que é individualizado pelo artigo 138.º do CC não é apenas posta à disposição a medida institucional

<sup>34</sup> COMITÉ DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, *General Comment n.º 1*, 2014, disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>>; e Mary KEYS, “Article 12 [Equal Recognition Before the Law]”, in Valentina DELLA FINA / Rachele CERA / Giuseppe PALMISANO, ed., *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities* Springer International Publishing, 2017, 271.

do acompanhamento, segundo me parece. A disposição refere-se no plural à possibilidade de beneficiar das “medidas de acompanhamento previstas neste Código”, o que além daquela que está indubitavelmente abrangida – a medida institucional do acompanhamento – também abrangerá as medidas provisórias (cf. artigo 139.º, n.º 2 do CC)<sup>35</sup>. Mas, para além destas, temos de ter em mente que o sistema de salvaguarda de pessoas maiores é composto por outros instrumentos – como o *mandato com vista a acompanhamento* (artigo 156.º do CC) – e que conta com o funcionamento de medidas informais (artigo 140.º, n.º 2 do CC)<sup>36</sup>. Aliás, tendo em conta que o *princípio da subsidiariedade* deve presidir à eleição dos instrumentos de apoio<sup>37</sup>, será sempre dada prioridade a estes meios.

Ora, quando funciona o mandato com vista a acompanhamento pode não ser instaurada uma “medida de acompanhamento” e, portanto, poderemos não estar perante um maior acompanhado. E o mesmo se dirá, e ainda com maior vigor, no caso do mero funcionamento de medidas informais. E é verdade também que o legislador de 2018 dedicou pouco desenvolvimento a estas figuras: o mandato com vista a acompanhamento foi contemplado com um artigo, que deixa várias questões em aberto<sup>38</sup>; e as medidas informais bastam-se

<sup>35</sup> Cf. Paula Távora VÍTOR, “Anotação ao artigo 139.º”, in Ana PRATA, coord., *Código Civil Anotado*, vol. 1, 171.

<sup>36</sup> Medidas estas que funcionam, portanto, sem a instituição do acompanhamento. Sobre a matéria no novo regime, ver Maria Inês de Oliveira MARTINS, “Situação do maior incapaz antes de ser objecto de medidas de acompanhamento”, in António Pinto MONTEIRO, coord., *Colóquio O novo regime do maior acompanhado*, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, 223 ss.

<sup>37</sup> Geraldo Rocha RIBEIRO, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 449 s; e IDEM, “Princípio 5 da Recomendação nº R (99) 4 do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre “Princípios respeitantes à Protecção Jurídica de Incapazes Maiores”. V. CONSEIL DE L’EUROPE (CONSELHO DA EUROPA), *Principes Concernant La Protection Juridique des Majeurs Incapables, Recommandation n.º.R(99)4 adoptée par le Comité des Ministres de Conseil de l’Europe le 23 février 1999 et exposé des motifs*, Strasbourg: Éditions du Conseil de l’Europe, juillet 1999, 31.

<sup>38</sup> Estas ideias foram exploradas na conferência proferida no colóquio “O novo regime jurídico do maior acompanhado”, organizado pelo Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 13 de dezembro de 2018, cujo texto se encontra publicado em António Pinto MONTEIRO, coord., *Colóquio O novo regime do maior acompanhado*, Coimbra: Instituto Jurídico da



com a mera referência ao exercício de “deveres de cooperação ou assistência”<sup>39</sup>.

Poderemos, então, equacionar se a necessidade de regular as questões relativas à gestão do património dos “doentes mentais” *não acompanhados* em que se insistiu representa o reconhecimento de que *há mais a fazer* do ponto de vista legislativo nestes casos. As regras do artigo 9.º do CC – e a presunção do legislador razoável<sup>40</sup> – assim o exigem.

Na verdade, há uma área que foi desconsiderada pelo novo regime e que merecia atenção – a adaptação dos regimes gerais (para que remetem as medidas informais) à realidade das pessoas com capacidade diminuída<sup>41</sup>. Pensemos, desde logo, na figura da *gestão de negócios*. O instituto que conhecemos e que se encontra previsto nos artigos 464.º ss. do CC não está talhado para assistir um dono do negócio com capacidade diminuída, uma vez que pressupõe que o gestor de negócios assuma obrigações de prestar avisos, as contas e outras informações e que o faça face a um *dominus* capaz de as entender e de se determinar em função desse entendimento, bem como de aprovar a gestão. Daí que proponha que se acolha a figura da gestão de negócios, mas ajustando o seu regime de modo a colmatar os problemas levantados por um dono de negócio que é, de facto, um interlocutor com capacidade diminuída<sup>42</sup>.

---

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, 245 ss.; e, de forma mais sintética, em Paula Távora Vítor, “Anotação ao artigo 156.º”, in Ana Prata, coord., *Código Civil Anotado*, vol. I, 203 s.

<sup>39</sup> Ora, estes deveres encontram-se, em primeira linha, no âmbito das relações familiares, mas, verdadeiramente, só o “dever de cooperação”, enquanto dever de auxílio deverá assumir aqui relevância, uma vez que o “dever de assistência” remete para questões de sustento material, uma matéria que não recebe tratamento no âmbito do regime do acompanhamento. Quanto a estes deveres de auxílio no âmbito familiar, só os podemos descortinar no âmbito das relações entre cônjuges (dever de cooperação – artigo 1674.º, mas também artigos 1678.º, n.º 2, al. f) e artigo 1679.º do CC) e entre pais e filhos (dever de auxílio – artigo 1874.º do CC).

<sup>40</sup> Fernando José Bronze, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, 836.

<sup>41</sup> Já o tinha defendido em Paula Távora Vítor, *A administração do património*, 87 s. e voltei a desenvolver esta ideia, agora já em conjunto com Geraldo Ribeiro, em Paula Távora Vítor / Geraldo Rocha Ribeiro, *Proposta de Lei*, 76 (artigo 471.º-A).

<sup>42</sup> Na proposta do Centro de Direito da Família, determinou-se que haja outra entidade, o curador especial, a quem devam ser prestadas tais informações,

Por fim, há que averiguar se interessa dedicar alguma atenção particular ao internamento no âmbito de uma regulamentação futura. Ou seja, importa saber se o internamento apresenta para o maior “não acompanhado” *especificidades* quanto à questão da administração que mereçam ser consideradas. Ora, a gestão do património *em instituição* apresenta-as *sempre*. As relações que se estabelecem entre internado, cuidadores e organismos decisórios deixam aquele primeiro numa situação de *fragilidade*, que tem de ser temperada por *garantias*. Por isso, suscita-me grandes reservas o destaque que é concedido no novo regime do acompanhamento (artigo 143.º, 2, al. *g*) CC) à “pessoa indicada pela instituição em que o acompanhado esteja integrado”, que figura na lista dos possíveis acompanhantes, desde logo, pelas situações de abuso ou de suspeição que pode potenciar. Ainda assim, neste caso, a nomeação passará pelo crivo do *tribunal* no âmbito do processo de instituição do acompanhamento. O mesmo não acontecerá na ausência de acompanhamento decretado. Todavia, também nestes casos será cogitável a intervenção institucional<sup>43</sup>.

E em todos os contextos, é incontornável pensar *novos enquadramentos* para *assumir o apoio* das pessoas maiores com capacidade diminuída, nomeadamente ao nível dos sujeitos responsáveis – com a *profissionalização do apoio* e a criação de *peçoas jurídicas* com estas incumbências.

---

face a quem possam ser cumpridos os deveres de entrega previstos na lei e que possa aprovar a gestão. V. o proposto Artigo 471.º-A do CC relativo aos poderes e deveres do gestor de negócios nas situações de incapacidade: “1. Quando o dono do negócio se encontre nas circunstâncias previstas no n.º 1 do artigo 139.º com carácter duradouro, o gestor dá conhecimento ao Ministério Público do início da gestão, logo que seja possível; 2. Para efeitos das alíneas *b*), *c*), *d*) e *e*) do artigo 465.º, o aviso, as contas e restantes informações devem ser prestados a curador especial, designado nos termos do artigo 142.º; 3. A aprovação da gestão pode ser feita por curador especial ou por quem tiver tais atribuições no âmbito da curatela, nos termos especificados na sentença.” Paula Távora VÍTOR / Geraldo Rocha RIBEIRO, *Proposta de Lei*, 76 (artigo 471.º-A).

<sup>43</sup> Pense-se nos *deveres de instituições* com incumbências nesta área (veja-se, a este propósito, o funcionamento do “modelo de apoio à vida independente” – MAVI (Decreto-lei n.º 129/2017, de 9 de outubro).



**A REABILITAÇÃO E O TRATAMENTO  
DO CIDADÃO INIMPUTÁVEL  
O PASSADO, O PRESENTE E O FUTURO  
DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA\***

[https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia\\_psiquica/11](https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia_psiquica/11)

*Fernando Vieira*  
Psiquiatra

***Storyline***

Esclarecendo o que são inimputáveis perigosos, visualizar-se-á o Pavilhão Panóptico do Hospital Miguel Bombarda onde e como eram contidos e tratados estes doentes de 1986 a 2000, à conversa com um anterior residente nestas instalações, actualmente reabilitado. Passamos, conduzidos agora por um responsável técnico, para a actual enfermaria de segurança localizada no Hospital Júlio de Matos, onde se enfatiza a abordagem reabilitativa, ainda que intramuros. Finaliza-se, à conversa com o actual Director do Plano Nacional de Saúde Mental da Direcção Geral da Saúde, a propósito da previsível criação de residências forenses que irão acolher doentes em tratamento que cometeram no passado crimes e que venham a beneficiar de Liberdade para Prova.

---

\* Documentário ficcionado elaborado pelo autor como trabalho final no âmbito do Curso de introdução ao Cinema de Documentário, da Kino-doc no ano lectivo 2018/2019. As fotos do guião integram o *storyboard*.

## Guião

### Introdução

#### *Exterior*

Café-restaurante: Em Cascais (evitando o reconhecimento do local) ou se não autorizado, filmar no espaço do CHPL evitando o reconhecimento. Um plano só o espaço (PG). Outro plano entrando o entrevistador (PC). Novo plano mostrando a entrada do entrevistador no estabelecimento (PA).



#### *Interior*

No interior do “Psicoprato”, plano mostrando entrada do entrevistador que se dirige para a cozinha.



#### *Interior*

Mostrando a cozinha (PM), onde estão duas pessoas a trabalhar, uma delas o João (nome fictício) (PA), porventura uma terceira que entra e sai após uma acção, por exemplo, apagar o lume. Durante o diálogo. Na saída o plano desce para os membros inferiores.



*Entrevistador* – Bom dia. Posso interromper? João, tudo bem? Está recordado de mim?

– Podemos conversar um bocadinho?...

– E visitar o seu passado?

*João* – (Sem texto pré-defnido, mas com assentimento e terminando com um “vamos embora...”)

Maior luminosidade a meio da manhã ou após o almoço, coincidindo com alturas de poucos clientes. Filmagem já acordada verbalmente para o período 11h-12h ou 14h30-16h.

## 1. Passado. Hospital Miguel Bombarda



*a) Trajeto para a enfermaria, desde a aproximação ao hospital até à enfermaria*

Plano à entrada do Hospital com entrevistador e entrevistado a caminharem lado a lado, de costas para a câmara, com entrada do hospital ao fundo (PC e/ou PM). Plano de conjunto e planos médios. Começar de frente com plano inferior contrapicado com operador de câmara deitado no chão e a dupla passa por cima obliquamente, passando depois para posterior em contra-plano e subindo a imagem.

Plano semelhante na rua já dentro do hospital, da Enfermaria de Segurança.



*b) Enfermaria de Segurança (museu actual). Jardim e interiores*



Planos gerais do exterior e do jardim do panóptico.

Planos do João no interior do Panóptico escondendo a identificação (PC e PM).

Planos do interior (PC).

Planos de pormenor do interior, incluindo fotos da parede e artigos utilizados (PA e GP)).



Diálogo independente da imagem. Gravar em separado.

*Entrevistador* – Então quanto tempo é que esteve no Hospital?

*João* – Não foi bem só no hospital... (Explica que Medida de Segurança judicialmente ordenada em sentença)

*Entrevistador* – Esteve porquê?

*João* – ... (Explica o que é um Inimputável. Explica o que é a Perigosidade)

*Entrevistador* – Como passava o tempo? (Explica o que foi o projecto de reabilitação e que isso lhe permitiu sair e depois encontrar um emprego...)

*Entrevistador* – Então isso foi o que de melhor lá passou? Nem tudo foi mau... mas isto é tudo tão austero... tantos muros, grades...

E o que é que foi pior?

Quer recordar algum episódio?

Então como era a sua rotina?

Fez amigos? ...e, inimigos, quer dizer, pessoas com quem se desentendesse?

Como é que era o *staff*? Conte-me lá agora à distância...

c) *Enfermaria de Segurança (museu actual). Quarto. Fecho do passado em match-cut*



Planos gerais do exterior aproximando em zoom para plano médio em que se vê quarto em fundo, centrado por cama, e lateralmente à esquerda e à direita da cama, de pé, mas em diferente plano mais próximo estão entrevistador e entrevistado. Movimento da câmara passando pelos personagens e fechando apenas na cama de forma em que, em corte, dará transição para o plano seguinte em match-cut já no presente que abre na actual enfermaria. Movimento da câmara e de zoom o mais simétrico possível, para marcar o salto temporal, mas mantendo as mesmas referências físicas em que apenas muda o tempo e a pessoa a ser entrevistada.

Díálogo:

*Entrevistador* – Este era um dos quartos...como o seu?...

Então isto era uma enfermaria, uma prisão ou um espaço de reabilitação?

(Última frase será exactamente a reproduzir na próxima cena, em salto temporal e com outro entrevistado)

## 2. Presente. Enfermaria de Segurança actual no Centro Hospitalar Psiquiátrico de Lisboa

a) *Trajeto na enfermaria, à conversa com o responsável*



Início com plano simétrico ao da cena anterior, centrado na cama e agora abrindo, surgindo em plano posterior à esquerda o entrevistador e à direita o novo entrevistado, repetindo exactamente o entrevistador a mesma frase.



*Entrevistador* – Então isto era uma enfermaria, uma prisão ou um espaço de reabilitação?

*Responsável do Serviço* – Tudo isso e nada disso... isoladamente...

*Entrevistador* – Não nos quer explicar melhor...

*Responsável do Serviço* – (*Explica-se a inimputabilidade e perigosidade e prevenção especial na Medida de Segurança*).



*Entrevistador* – Então o que é que aqui há de reabilitação?...

Pois interessante... e como é que... estou a ver...

E que mais actividades...

Ah...têm cursos... e podem desde que estejam bem e estejam autorizados sair apenas para fazer compras ou passeios programados ou ir à escola...

Aprendem contabilidade básica do dia a dia...

E a lavar a sua roupa, a cozinhar...



Trabalham numa horta...utilizam um computador...

Contactam com a família... vão às consultas...

E divertem-se também... têm um ginásio...

*Responsável do Serviço* – É uma vida em comunidade... aprendem a viver novamente, agora dentro das normas sociais...

b) *Na enfermaria e sala de convívio, à conversa com o responsável sobre o futuro*



Já na sala de lazer (PC).

*Entrevistador* – E quais são os problemas? O que falta fazer? Mudou muito desde o passado, há agora um enfoque reabilitativo, profissional e de actividades na sociedade... mas como é que é para saírem daqui? Vão para onde, se a família, como disse há bocadinho, nem sempre os aceita....

*Responsável do Serviço* – (Questão da perigosidade e se não tiverem sítio para ir... não saem, alguns até já estão bem medicamente e estão autónomos).

Não se lhes arranja casa porque não podem sair... e não podem sair porque não se lhes arranja casa... fazem falta estruturas intermédias, umas casas de passagem para a liberdade para prova ou condicionada como se diz na gíria...

Conclui fechando com foco na residência que se vê pela janela.

### **3. Futuro. Encerramento com perspectiva otimista e formal, misturando imagens do passado presente e futuro**

a) *Exteriores. Em frente a futura residência à conversa com o Director do Programa Nacional de Saúde Mental. Posteriormente com Imagem exterior do Ministério da Saúde (DGS)*



Inicia com o plano da residência (PC e depois PA) que se via na janela da enfermaria, plano em que entram o mesmo entrevistador e um novo entrevistado (Director do Programa Nacional de Saúde Mental). Início com gravação de som simultânea à imagem.



*Entrevistador* – E então como vai ser resolvido o problema destes cidadãos de pleno direito, mas doentes, que ficam presos por apenas não terem sitio para onde ir? É que parece que não são libertados por que não têm casa para onde ir, e não lhes é providenciada uma casa ou abrigo social por que não estão libertados...

*Director do Plano Nacional de Saúde Mental* – Pois. É esse o problema. O Programa Nacional de Saúde Mental, vai este ano ainda, propor... residências forenses.... Para aqueles que o tribunal liberta, numa espécie de liberdade condicionada ao tratamento, aquilo que é designado de liberdade para prova... continuando estes doentes o seu tratamento, indo a consultas estando em liberdade, mas vigiada medicamente... evitando que voltem a ter comportamentos criminais. Uma solução parecida aquela que os países ocidentais...

*Entrevistador* – E o que se faz nessas residências? Como funciona?

*Director do Plano Nacional de Saúde Mental* – O normal de todos nós... vivemos, e quando precisamos vamos ao médico.

*b) Interior. Imagens de residências comunitárias para doentes mentais*



Imagens de sala, de cozinha, de quartos, de casas de banho, hall de entrada... Porventura com alguns utentes de costas a fazer tarefas domésticas. Simultaneamente entrevista decorre, ou seja, o som, o da entrevista, enquanto se mostra imagens da residência (PC's e PAP).

*Entrevistador* – Como será vida no interior das residências?

*Director do Plano Nacional de Saúde Mental* – O mesmo, que aliás já existe para doentes mentais que não estão ligados à justiça e que nunca fizeram actos delituosos...

Apenas vamos aplicar à Psiquiatria Forense o modelo da chamada psiquiatria comunitária que já existe para os restantes doentes...

c) *Interior. Imagem formal e conclusão da conversa com o Director do Programa Nacional de Saúde Mental*



Imagem da DGS do exterior. Imagem em plano aproximado da entrevista (PA) no gabinete ou no exterior. Logotipos e vestuário formal. Ligeira sobre-exposição de luz.

*Entrevistador* – Qual é o futuro das enfermarias forenses propriamente ditas? Vão acabar?

*Director do Plano Nacional de Saúde Mental* – Antes pelo contrário. Vão-se manter e até previsivelmente aumentar. Terão é doentes que serão selecionados pela patologia e risco de violência. Digamos que terão os que será ainda arriscado colocar em residências, mas que por outro lado não ofereçam o risco daqueles que necessariamente serão tratados numa enfermaria prisão do Ministério da Justiça...

Teremos em paralelo, enfermarias prisionais, enfermarias não prisionais e residências forenses... um *step-care approach*.

*Entrevistador* – Então temos 3 em 1? Segurança, tratamento e apoio na comunidade?

*Director do Plano Nacional de Saúde Mental* – Sim, é isso...

*d) Imagens sobrepostas e/ou intercaladas de enfermarias de segurança do passado, presente e futuro*

Equacionar a possibilidade técnica de misturar (desvanecer) imagens de objectos semelhantes transtemporais nas três enfermarias. Usar planos de conjunto, americanos e também aproximados.

Diálogo:

*Entrevistador* – Ou seja, passado, presente e futuro....

*Director do Plano Nacional de Saúde Mental* – Sim, passado presente e futuro...

## **A POSIÇÃO JURÍDICA DO INTERNADO EM ESTABELECIMENTO DESTINADO A INIMPUTÁVEIS**

[https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia\\_psiquica/12](https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia_psiquica/12)

*Inês Horta Pinto*

Doutoranda FDUC

Entre as conquistas do século passado, no plano do direito, destaca-se a afirmação do estatuto jurídico das pessoas privadas da liberdade.

Até então, ao abrigo da categoria das chamadas “relações especiais de poder”, os presos e internados achavam-se num espaço de não-direito, despojados da titularidade de posições subjetivas perante a Administração, podendo, quando muito, aspirar à concessão de “privilégios”, que aquela tanto podia conceder como retirar, em ordem à superior realização dos fins da execução. O princípio da legalidade valia somente na relação “geral” entre o Estado e os cidadãos.

Aquela categoria encontra-se hoje superada, no quadro de uma evolução da própria configuração jurídico-constitucional do Estado e de uma “nova conceção dos direitos fundamentais como direitos de todas as pessoas, nas diversas circunstâncias da vida social, relativamente a todos os poderes, quaisquer que sejam” – para tomar de empréstimo palavras de Vieira de Andrade, aliás proferidas por

ocasião da aprovação da Lei de Saúde Mental, cujo 20.º aniversário hoje aqui comemoramos<sup>1</sup>.

Essa nova conceção conduziu ao reconhecimento do recluso como titular de direitos, como sujeito de uma relação jurídica, com recíprocos direitos e deveres, que o liga à Administração, em que esta está vinculada ao princípio da legalidade e aquele, na expressão de Anabela Miranda Rodrigues, deixou de ser *objeto* para ser *sujeito* da execução<sup>2</sup>.

Tal reconhecimento consolidou-se definitivamente com o aditamento à Constituição, em 1989, do n.º 5 do artigo 30.º, segundo o qual “os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respetiva execução”. Qualquer restrição terá de passar por este crivo e pelas demais exigências constitucionais a que estão sujeitas as restrições de direitos, liberdades e garantias, mormente as de legalidade e de proporcionalidade, nos termos do artigo 18.º da Constituição.

É assim que se impõe o *princípio da legalidade* como princípio do direito da execução das penas e medidas privativas da liberdade, significando que as penas ou medidas de segurança não podem ser executadas de outra forma que não a prescrita na lei – e nos regulamentos por esta habilitados. E o *controlo* da legalidade incumbe aos tribunais, o que decorre do princípio da separação e interdependência dos poderes, do princípio da legalidade da Administração e do princípio da tutela jurisdicional efetiva. Este último, tal como densificado pela doutrina e pela jurisprudência, garante a tutela dos tribunais perante *quaisquer atos* que afetem *direitos ou interesses legalmente protegidos* dos cidadãos, *quaisquer cidadãos*.

Os cidadãos de que este painel se ocupa – aqueles que se encontram privados da sua liberdade, em consequência da prática de um facto previsto na lei como crime, tendo sido considerados inimputáveis em virtude de uma anomalia psíquica, subsistindo um fundado

---

<sup>1</sup> Vieira de ANDRADE, “O internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica na perspetiva dos direitos fundamentais”, in *A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo*, Coimbra Editora, 2000, 73.

<sup>2</sup> Anabela Miranda RODRIGUES, *A fase de execução das penas e medidas de segurança no direito português*, sep. do *Boletim do Ministério da Justiça* 380 (1988) 14.

receio de que venham a cometer novos factos da mesma espécie, receio esse que legitima a privação da liberdade – constituem uma categoria especialmente vulnerável, uma vez que à vulnerabilidade sempre resultante da situação de privação da liberdade (que, como é sabido, é geradora de uma forte dependência do sujeito em relação à Administração) se soma a que decorre da sua doença mental, do estigma que a sociedade associa aos inimputáveis perigosos e ainda do enfraquecimento dos laços familiares e sociais, quando não mesmo total abandono, que geralmente acompanha estas situações. Ora, esta vulnerabilidade acrescida torna também acrescidas as referidas exigências de legalidade e de tutela jurídica.

Isto sem prejuízo de a lei dever assegurar um regime de execução dotado da flexibilidade necessária à individualização do tratamento (que também é princípio orientador da execução) e à prossecução eficaz das finalidades da execução (a reabilitação do internado e a sua reinserção na comunidade, a par da defesa da sociedade).

O diploma legal recentemente aprovado, de que a seguir trataremos, veio colmatar um défice de concretização legal do regime de execução das medidas.

Começemos por recordar o quadro legal da execução das medidas de segurança de internamento.

O diploma fundamental relativo à execução é o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, de 2009 (doravante, CEP).

Note-se que o CEP regula primordialmente a execução da *pena de prisão*. Quanto às medidas de segurança de internamento de inimputáveis, estabelece-se que a sua execução é regida por este Código, *com as adaptações justificadas pela diferente natureza e finalidades das medidas de segurança* (artigo 126.º, n.º 4).

Aliás, a execução das medidas de segurança privativas da liberdade tem sempre seguido a matriz da execução da pena: já a anterior lei de execução, de 1979, previa que “ao internamento resultante da aplicação de uma medida de segurança são aplicáveis, por analogia, as normas sobre a execução das penas privativas da liberdade, na medida em que nada se dispuser em contrário”<sup>3</sup>. O atual Código manteve este princípio, embora contendo um capítulo específico para as medidas de segurança mais detalhado que o da lei de 1979.

---

<sup>3</sup> Artigo 218.º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de agosto.



Será admissível que as medidas de segurança, que não são penas, sejam regidas pelas mesmas disposições que regulam a pena de prisão?

Para se compreender que assim seja, note-se que o direito da execução não é um direito de conteúdo, em si mesmo, punitivo; antes, é um conjunto de normas que visam: *i*) assegurar que a execução se orienta para a prossecução das suas finalidades – primordialmente, a reintegração do agente na sociedade, a preparação para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes, sem prejuízo da proteção de bens jurídicos e da defesa da sociedade (artigo 2.º do CEP); *ii*) assegurar a proteção dos direitos das pessoas privadas da liberdade (estabelece o seu estatuto jurídico; estabelece normas procedimentais que visam fazer valer os direitos dos reclusos perante a administração prisional; delimita e controla o exercício do poder por parte dos órgãos responsáveis pela execução); *iii*) assegurar a convivência ordenada e segura nos estabelecimentos de cumprimento das penas, sem a qual os bens jurídicos das pessoas aí privadas da sua liberdade não estariam protegidos, nem a tarefa de ressocialização seria realizável. Ora, todos estes aspetos são comuns à execução das medidas de segurança.

Isto independentemente de se poder considerar desejável que se evolua para um regime autónomo de execução das medidas de segurança (sobretudo caso se viesse a caminhar para uma autonomização das próprias medidas de segurança em relação ao direito penal, como alguns autores se inclinam para defender<sup>4</sup>).

Na verdade, as diferenças na natureza e finalidades das medidas de segurança, em relação às penas, justificam adaptações às regras que regem a pena de prisão; da mesma forma, as diferenças na natureza, estrutura e organização de um estabelecimento de saúde mental (relativamente a um estabelecimento prisional) justificam adaptações que as levem em conta.

Daí a previsão de um capítulo específico no CEP para as medidas de internamento (para além, naturalmente, das normas previstas no Código Penal relativas à revisão do internamento, sua prorrogação,

---

<sup>4</sup> Cf., nomeadamente, Maria João ANTUNES, “O passado, o presente e o futuro do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 3 (2003) 360 s., e, mais recentemente, IDEM, *Penas e medidas de segurança*, Almedina, 2017, 114.

cessação ou liberdade para prova – artigos 91.º ss. – e da correspondente tramitação processual, regulada no Livro II do CEP). Daí também a recente aprovação de um decreto-lei que estabelece as adaptações ao regime legal da execução das penas e medidas para os casos em que as medidas de segurança de internamento são executadas em estabelecimento de saúde mental não integrado nos serviços prisionais (ou seja, e em princípio, um estabelecimento pertencente ao Serviço Nacional de Saúde).

Analisemos então brevemente o conteúdo de tais normas específicas.

O capítulo próprio do Código da Execução relativo às medidas de segurança (artigos 126.º a 132.º) contém normas relativas aos seguintes aspetos: o plano terapêutico e de reabilitação, que é de elaboração obrigatória para todos os internados, individualizado em função das necessidades, aptidões e avaliação do risco do internado, elaborado com a participação de especialistas em saúde mental e homologado pelo tribunal de execução das penas (artigo 128.º); a necessidade de orientação médica na tomada de decisões como o regime de execução, a concessão de saídas e a aplicação de meios especiais de segurança (artigos 127.º, 130.º, 131.º); o auxílio aos internados no exercício dos seus direitos de reclamação, petição, queixa e exposição, bem como a assistência por advogado no exercício do direito de impugnação (artigo 132.º).

Quanto ao novo diploma a que já fiz referência, o Decreto-Lei n.º 70/2019, de 24 de maio, aplica-se especificamente às situações em que o internamento é executado em unidade de saúde mental não prisional.

Com efeito, em Portugal, as medidas de segurança tanto podem ser executadas em estabelecimentos pertencentes ao Ministério da Justiça (integrados na Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais)<sup>5</sup> como em unidades de saúde mental pertencentes ao sistema de saúde<sup>6</sup>. Ora, o CEP tinha estabelecido, inovatoriamente, uma preferência pela execução em unidade de saúde mental não

---

<sup>5</sup> Atualmente, o Hospital Prisional de S. João de Deus, em Caxias, e a Clínica de Psiquiatria e de Saúde Mental do Estabelecimento Prisional de Santa Cruz do Bispo, em Matosinhos.

<sup>6</sup> Presentemente, o Centro Hospitalar Psiquiátrico de Lisboa e o Hospital Psiquiátrico Sobral Cid, em Coimbra; e, a breve prazo, também o Hospital de Magalhães Lemos, no Porto.

prisonal; a execução só deve decorrer em unidade do sistema prisional quando tal se justifique (artigo 126.º, n.º 2).

O novo diploma vem concretizar o sistema de afetação dos internados a um ou outro tipo de unidade<sup>7</sup>. A decisão, que compete ao diretor-geral de reinserção e serviços prisionais, é baseada numa avaliação inicial do internado, abrangendo as necessidades clínicas, de reabilitação, de segurança e de reinserção social, tendo este o direito a ser ouvido e sendo a decisão obrigatoriamente fundamentada. O internado só deve ser afeto a um estabelecimento integrado nos serviços prisionais quando exigências de segurança (perigo de fuga ou perigo para bens jurídicos) o requererem. De entre as várias unidades não integradas nos serviços prisionais, os critérios de escolha são a localização geográfica (privilegiando-se a proximidade com o meio familiar e social de origem ou com aquele em que se perspetiva a futura inserção), bem como as características da unidade (caso haja diferenciação por especialização ou disponibilidade de cuidados ou programas especialmente adequados às necessidades do internado). A decisão é naturalmente modificável ao longo da execução, caso haja alteração dos pressupostos que tornem a afetação inicial inadequada.

O diploma procede também às adaptações ao regime da execução das medidas de internamento, quando decorra em unidades de saúde mental não integradas nos serviços prisionais, conforme determinado pelo n.º 5 do artigo 126.º do Código. A necessidade de tais adaptações decorre não só da diferente natureza das medidas de segurança em relação às penas mas também da diferente natureza, estrutura e organização destas unidades de saúde relativamente aos estabelecimentos do sistema prisional, o que acarreta a necessidade de adaptar estrutura, organização e procedimentos. No período que mediou entre a entrada em vigor do CEP, em 2010, e a aprovação do presente decreto-lei, em 2019, a ausência de um diploma com este objeto constituiu fonte de incerteza jurídica, de disparidade de critérios no tratamento de cidadãos internados em diferentes unidades e de uma informalidade de procedimentos não compatível com as exigências de estrita legalidade da execução.

Assim, o diploma concretiza os princípios orientadores da execução (programação e individualização da execução, acompanhamento

---

<sup>7</sup> Cf., quanto ao que segue, artigos 6.º e 7.º do diploma.

clínico permanente, orientação para a reinserção na sociedade, aproximação progressiva à vida livre)<sup>8</sup>. Estabelece o estatuto jurídico do internado (os seus direitos e deveres)<sup>9</sup> e os correspondentes mecanismos de salvaguarda: o direito à informação sobre os seus direitos (devendo ser-lhe disponibilizada uma brochura informativa, bem como a legislação e os regulamentos aplicáveis), o controlo judicial da execução (a exercer pelos tribunais de execução das penas, além da competência do Ministério Público para acompanhar e verificar a legalidade da execução), o direito de impugnação junto dos tribunais de execução das penas, o direito de consulta e aconselhamento jurídico por advogado, bem como a comunicação das decisões que lhe digam respeito de uma forma que assegure a sua compreensão<sup>10</sup>. Prevê ainda a fiscalização da legalidade da execução por parte da Inspeção-Geral das Atividades em Saúde e da Inspeção-Geral dos Serviços de Justiça, nos respetivos âmbitos materiais de competência, para além, naturalmente, das demais entidades, nacionais e internacionais, com poderes de monitorização dos locais onde se encontram pessoas privadas da liberdade<sup>11</sup>.

São objeto de algumas adaptações às especificidades das medidas de segurança matérias como os regimes de execução (comum, aberto no interior e aberto no exterior), as licenças de saída, os meios de manutenção da ordem e da segurança e os meios coercivos e o regime disciplinar<sup>12</sup>.

No plano organizatório, prevê-se, designadamente, que: as unidades de saúde mental onde podem ser executadas medidas de internamento serão objeto de classificação por despacho dos ministros da justiça e da saúde<sup>13</sup>; os diretores das unidades assumem as competências que o CEP atribui aos diretores dos estabelecimentos prisionais<sup>14</sup>; quanto à estrutura da unidade, esta deve integrar uma equipa clínica multidisciplinar, que inclua profissionais das várias áreas relevantes (médicos, enfermeiros, mas também profissionais das áreas da psicologia, terapia ocupacional, serviço social, entre

---

<sup>8</sup> Artigo 8.º.

<sup>9</sup> Artigo 9.º.

<sup>10</sup> Artigo 10.º.

<sup>11</sup> Artigo 23.º.

<sup>12</sup> Cf. artigos 12.º, 13.º, 17.º, 18.º e 19.º.

<sup>13</sup> Artigo 3.º, n.º 1.

<sup>14</sup> Artigo 3.º, n.º 4.

outros), prevendo-se também a intervenção dos serviços de reinserção social do Ministério da Justiça<sup>15</sup>.

É criado um conselho da unidade (equivalente aos conselhos técnicos dos estabelecimentos prisionais), órgão auxiliar do diretor na tomada de decisão, ao qual compete dar parecer sobre o plano terapêutico e de reabilitação, a escolha do regime de execução, a concessão de saídas, as medidas disciplinares ou sobre outros assuntos, sempre que solicitado pelo diretor<sup>16</sup>.

É adaptada a composição do conselho técnico, órgão auxiliar do juiz do tribunal de execução das penas, que emite parecer sobre a revisão da situação do internado e sobre a concessão de licenças de saída jurisdicionais, do regime aberto no exterior e da liberdade para prova<sup>17</sup>.

Criam-se mecanismos tendentes a assegurar a continuidade dos cuidados de saúde mental após a libertação, especialmente no caso da liberdade para prova, determinando-se, para o efeito, uma articulação com os serviços locais de saúde mental da área da residência<sup>18</sup>.

Estipula-se ainda que deve assegurar-se a existência de estruturas de apoio social (do setor público, privado ou social) para o acolhimento residencial ou apoio comunitário aos ex-internados que dele careçam<sup>19</sup> – sabido como é que muitas medidas de segurança se prolongam no tempo por ausência de apoio familiar e de condições sociais no exterior (fenómeno que Maria João Antunes caracteriza como “psiquiatrização das questões sociais”).

Prevê-se, outrossim, uma articulação entre os serviços da Justiça e da Saúde: recorde-se que a Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, do Ministério da Justiça, é o departamento estadual responsável pela execução das penas e medidas privativas da liberdade, de acordo com as respetivas finalidades, pelo que esse relacionamento se pretende de recíproca e estreita colaboração, mediante uma partilha de informação, de recursos e de conhecimento técnico<sup>20</sup>, imprescindível ao bom funcionamento do sistema de afetação dos internados e a uma desejável uniformidade de procedimentos e,

---

<sup>15</sup> Artigo 3.º, n.ºs 5 e 6.

<sup>16</sup> Artigo 4.º.

<sup>17</sup> Artigo 5.º.

<sup>18</sup> Artigo 20.º.

<sup>19</sup> Artigo 24.º.

<sup>20</sup> Artigos 21.º e 22.º.

definitivamente, ao melhor cumprimento possível das finalidades da execução das medidas, que cumpre ao Estado assegurar.

O conjunto de normas específicas que aqui sucintamente descrevemos poderá constituir o embrião de uma eventual autonomização futura do regime de execução das medidas de segurança.

A este propósito justifica-se uma referência às exigências que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vem estabelecendo relativamente aonexo entre a finalidade da medida e o regime da sua execução.

Para o Tribunal Europeu, a privação da liberdade de pessoas com base na sua perigosidade decorrente de anomalia psíquica deve ter lugar em estabelecimento apropriado, com o acompanhamento médico adequado e perspetivas realistas de reinserção na sociedade<sup>21</sup>; e a diferença de natureza e finalidade da medida tem de refletir-se substantivamente no regime da sua execução, exigindo-se, nomeadamente, um nível elevado de prestação de cuidados, envolvendo equipas multidisciplinares, que trabalhem intensivamente com os internados, tendo por base planos individuais, com vista a uma genuína perspetiva de regresso à sociedade<sup>22</sup>. O Tribunal tem considerado que, quando não se cumparam esses requisitos, se quebra o nexoo entre a finalidade da medida (que não consiste apenas na segurança da comunidade, mas também no tratamento e reabilitação dos internados) e as condições da sua execução, o que constitui uma violação do direito à liberdade garantido pelo artigo 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>23</sup>. Chegou mesmo a

---

<sup>21</sup> O Tribunal afirmou-o num conjunto de casos contra a Bélgica, que culminou no acórdão-piloto *W.D. c. Bélgica*, de 6-9-2016, todos relacionados com uma situação estrutural em que um elevado número de cidadãos inimputáveis internados ao abrigo da lei de defesa social belga se encontrava em alas psiquiátricas de estabelecimentos prisionais, sem cuidados terapêuticos nem atividades de reabilitação adequados às suas patologias e à natureza da medida, situação que se devia sobretudo à inexistência de vagas em estabelecimentos adequados e à recusa, por parte de instituições externas, de aceitação de alguns internados.

<sup>22</sup> *M. c. Alemanha*, acórdão de 17-12-2001, §129 (embora aqui estivesse em causa não o internamento de inimputáveis mas a figura da detenção preventiva aplicável no direito alemão a imputáveis perigosos após o cumprimento da pena de prisão).

<sup>23</sup> *Smits e outros c. Bélgica*, acórdão de 3-2-2015, §68 (com referência, no §66, a numerosos acórdãos anteriores no mesmo sentido); *W. D. c. Bélgica*, §134.

declarar violado também o artigo 3.º da Convenção (proibição de penas ou tratamentos desumanos ou degradantes) em situações em que os internados foram mantidos em alas psiquiátricas de prisões, sem acompanhamento médico adequado, durante um período de tempo significativo, e sem uma expectativa realista de mudança<sup>24</sup>.

Neste quadro, espera-se que o novo diploma, que entrará em vigor dentro de dias, contribua para harmonizar o regime da execução das medidas de internamento, independentemente dos estabelecimentos em que tenha lugar: os estabelecimentos do sistema de justiça necessitam de diferenciar suficientemente a execução das medidas de segurança da execução da prisão; por seu turno, os estabelecimentos do sistema de saúde devem ter em consideração as especificidades da execução de uma medida de segurança em relação aos internamentos meramente clínicos – trata-se de medidas aplicadas pelos tribunais, cuja execução é preordenada à realização de finalidades próprias da justiça penal, e os internados são pessoas judicialmente privadas da sua liberdade, o que convoca todo um conjunto de exigências de legalidade e de tutela jurídica, irrenunciáveis num Estado de direito.

---

<sup>24</sup> *W. D. c. Bélgica*, §114.

## INTERNAMENTO DE IMPUTÁVEIS EM ESTABELECIMENTOS DE INIMPUTÁVEIS

[https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia\\_psiquica/13](https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia_psiquica/13)

*Maria João Antunes*

Professora EDUC

1. Na declaração de inimizabilidade a *anomalia psíquica* está temporalmente ligada ao *momento da prática do facto* e há, necessariamente, uma ligação entre a anomalia psíquica contemporânea da prática do facto e o *facto ilícito típico concreto* praticado pelo agente (artigo 20.º do Código Penal). É, por isso, configurável quer a hipótese de o agente sofrer de anomalia psíquica ao tempo do crime e ser condenado em pena de prisão quer a hipótese de anomalia psíquica sobrevir ao agente já depois da prática do crime, antes ou depois de iniciada a execução da condenação em pena de prisão (artigos 104.º e ss. do Código Penal). Numa e noutra hipótese, o agente que é declarado imputável e condenado em pena de prisão é internado em estabelecimento destinado a inimputáveis se o regime dos estabelecimentos comuns lhe for prejudicial ou ele perturbar seriamente esse regime (artigos 104.º e 105.º, n.º 2). Na hipótese de anomalia psíquica posterior à prática do crime, o agente é internado em estabelecimento destinado inimputáveis naquela hipótese e também nos casos em que a anomalia psíquica sobrevinda o torna criminalmente perigoso (artigo 105.º, n.º 1).

Os artigos do Código Penal, do Código de Execução das Penas e das Medidas Privativas da Liberdade (artigos 9.º, n.º 4, 126.º a



132.º, 138.º, 156.º, n.º 1, alínea *b*), e 164.º) e, mais recentemente, do diploma que regula a execução das medidas de internamento em unidades de saúde mental não integradas no sistema prisional (Decreto-Lei n.º 70/2019, de 24 de maio), dedicados às hipóteses anteriormente mencionadas, têm como justificação primeira a inadequação dos estabelecimentos prisionais comuns quando à condenação em pena de prisão se junta a anomalia psíquica do condenado. Recentemente, em fevereiro de 2019, o Tribunal Constitucional italiano declarou a ilegitimidade constitucional de norma de direito penitenciário, na parte em que não prevê alternativa à execução da pena de prisão nas hipóteses de doença mental grave superveniente, louvando-se na proibição de tratamento desumano ou degradante, constante do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e na proibição de que as penas não podem comportar tratamentos contrários ao sentido de humanidade, inscrita no artigo 27.º, n.º 3, da Constituição italiana (*Sentenza* 99/2019).

**2.** Circunscrevendo-nos aos casos em que a anomalia psíquica sobrevem já na fase de execução da pena de prisão tornando o condenado criminalmente perigoso, teremos presente o caso de um imputável condenado em pena única de 14 anos de prisão, internado num estabelecimento de inimputáveis. Este condenado não foi posto em liberdade condicional aos cinco sextos do cumprimento da pena apesar de ter dado o seu consentimento para a libertação. Requerida a providência de *habeas corpus*, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que não era caso de prisão mantida além dos prazos fixados na lei e, conseqüentemente, caso de privação ilegal da liberdade (artigo 222.º, n.º 2, alínea *c*), do Código de Processo Penal). Discordamos totalmente desta decisão de 24 de maio de 2017.

Quando ao agente imputável condenado em pena de prisão sobrevenha uma anomalia psíquica que o torne criminalmente perigoso, o que o Código Penal prevê no artigo 105.º é tão só que seja ordenado o seu internamento em estabelecimento destinado a inimputáveis pelo tempo correspondente à duração da pena. A conexão temporal ao momento da prática do facto ilícito típico e a necessária ligação entre este facto e a anomalia psíquica não permitem que se conclua, como fez o Supremo Tribunal de Justiça, que *o condenado havia sido declarado inimputável após a prática dos factos por*

*que foi condenado, durante a execução da pena privativa da liberdade.* Concluir assim é concluir contra o disposto no artigo 20.º, n.º 1, do Código Penal quanto à declaração de inimputabilidade.

Por outro lado, quando o agente imputável é internado em estabelecimento destinado a inimputáveis, a pena de prisão em que foi condenado não se transforma em medida de segurança de internamento de inimputáveis, ainda que a anomalia psíquica torne o agente criminalmente perigoso. Diferentemente do que entendeu o Supremo Tribunal de Justiça, a pena de prisão não se *transmutou* naquele caso em medida de segurança de internamento e não passaram, por isso, a valer as normas que regulam a duração, a cessação e a prorrogação da medida de segurança de internamento.

No ordenamento jurídico português *não são aplicáveis medidas de segurança de internamento durante a execução de uma pena privativa de liberdade.* A medida de segurança de internamento em estabelecimento de inimputáveis é sempre ordenada pelo tribunal de julgamento, pela razão fundamental de que, tal como a anomalia psíquica que integra o substrato biopsicológico da declaração de inimputabilidade, também a medida de segurança de internamento se conexas com um determinado facto ilícito típico – o facto ilícito típico que é dá origem à notícia do crime, à abertura do inquérito e à decisão de submeter a causa a julgamento (artigos 91.º do Código Penal e 1.º, 368.º e 369.º do Código de Processo Penal).

O internamento de agente imputável em estabelecimento destinado a inimputáveis, em razão de anomalia psíquica que lhe sobreveio durante a execução da pena de prisão e que o tornou criminalmente perigoso, não se confunde com a medida de segurança de internamento de inimputável, não obstante ser uma medida de diversão na execução da pena de prisão que, de um ponto de vista substancial, se aproxima da sanção medida de segurança. O artigo 105.º, n.º 1, parte final, prevê, precisamente por isso, que a duração do internamento é pelo tempo correspondente à duração da pena – da pena de prisão que o agente ainda tenha que cumprir.

O tempo de duração da privação da liberdade decorrente da condenação em pena de prisão não é alterado por via do internamento em estabelecimento destinado a inimputáveis. Tão-pouco é modificado o regime de concessão da liberdade condicional (artigo 105.º, n.º 3). Durante o período de internamento em estabelecimento de inimputáveis subsiste um *princípio-garantia da pena*, que

o limita – o internamento não pode exceder o tempo de duração da pena de prisão e não obsta à concessão da liberdade condicional – e que o legitima – na ausência de facto comprovativo da perigosidade criminal que legitime a privação da liberdade em estabelecimento destinado a inimputáveis só a condenação anterior em pena de prisão pode legitimar a privação da liberdade.

Por outras palavras: o tempo de prisão em que o agente imputável foi condenado não pode ser prorrogado, ainda que a anomalia psíquica sobrevinda subsista e ainda que o torne criminalmente perigoso; o agente imputável internado pode ser posto em liberdade condicional nos termos gerais do regime deste incidente de execução da pena de prisão. Contrariamente ao defendido pelo Supremo Tribunal de Justiça, o imputável internado em estabelecimento de inimputáveis é obrigatoriamente colocado em liberdade condicional, se nisso consentir, aos cinco sextos de cumprimento da pena. Antes do termo da pena, note-se, por só desta forma se poder garantir que é ultrapassado com êxito o inevitável período de transição entre a vida em liberdade e a vida entre muros.

Reitere-se, pois, que o regime jurídico do internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis não acolhe nem suporta o entendimento de que é possível a prorrogação da privação da liberdade para além da duração da pena de prisão e de que não é obrigatória a colocação em liberdade condicional aos cinco sextos do cumprimento da pena de prisão superior a seis anos, obtido o consentimento do condenado. A perigosidade criminal fundada em anomalia psíquica que ainda subsista depois de cumpridos cinco sextos da pena não legitima a continuação da privação da liberdade em meio fechado. Poderá legitimar, isso sim, a imposição da regra de conduta de sujeição a tratamento médico ou o internamento compulsivo, nos termos da Lei de Saúde Mental (Lei n.º 36/98, de 24 de julho).

O entendimento de que, caso persista a perigosidade criminal, ao agente imputável internado em estabelecimento de inimputáveis não é aplicável o regime geral da liberdade condicional e de que não vale para ele a duração máxima da pena de prisão em que foi condenado quebra a ligação necessária entre a privação da liberdade do condenado e a sentença judicial que o condenou em pena de prisão e ao quebrá-la vai além dos casos em que é legítima a restrição do direito à liberdade, à luz da Constituição da República Portuguesa e

da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Segundo o artigo 27.º, n.º 2 da Constituição, ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança. De acordo com o artigo 5.º, n.º 1, alínea *a*) da Convenção, ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo se for preso em consequência de condenação por tribunal competente de acordo com o procedimento legal.

3. O agente imputável que tivemos presente iniciou em 29 de abril de 2005 o cumprimento da pena única de 14 anos de prisão em que havia sido condenado. Em 7 de abril de 2011 foi ordenado o seu internamento em estabelecimento de inimputáveis. Em 28 de abril de 2012 atingiu-se o cumprimento de metade da pena, em 28 de agosto de 2014 perfizeram-se dois terços da execução da prisão e em 28 de dezembro de 2016 alcançaram-se os cinco sextos da duração da pena. Em momento algum foi colocado em liberdade condicional.

O termo da pena de 14 anos de prisão ocorreu em 23 de abril de 2019. Entre 28 de dezembro de 2016 e 23 de abril de 2019 esteve privado ilegalmente da liberdade. Tendo consentido na colocação em liberdade condicional aos cinco sextos do cumprimento da pena, a sua libertação era então obrigatória. O condenado em causa manteve-se privado da liberdade para além do previsto na lei e do decidido pelo tribunal que o condenou em pena de prisão.

O imputável que tivemos presente não foi, porém, posto em liberdade no dia 23 de abril de 2019. Só foi posto em liberdade no dia 11 de outubro de 2019. Após o termo da pena de 14 anos de prisão em que havia sido condenado, cumpriu ainda 166 dias de prisão subsidiária correspondente à pena única de multa não paga que lhe havia sido imposta juntamente com a pena de prisão. Temos sérias dúvidas quanto à legalidade da prisão subsidiária que teve de cumprir entre 23 de abril e 11 de outubro de 2019. Atendendo ao momento em que foi condenado em pena única de prisão e multa já há muito havia deixado de ser legalmente possível a condenação em pena de prisão e multa em caso de concurso de crimes. Com efeito, uma das alterações significativas da revisão do Código Penal que teve lugar em 1995 foi a eliminação da pena de multa cumulativa.

## Bibliografia

- ANTUNES, Maria João, *O internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis (os arts. 103.º, 104.º e 105.º do Código Penal de 1982)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, (Studia Iuridica 2).
- “Determinação da pena e concurso de crimes punidos com pena de diferente natureza”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 144/3992 (ano?).
- “Prisão ilegal em estabelecimento de inimputáveis. Providência de *habeas corpus*”, Anotação, Acórdão de 24 de maio de 2017, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 1467/4009 (2018).
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, reimpr., Coimbra: Coimbra Editora.

## SAÚDE MENTAL E DIREITOS HUMANOS

[https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia\\_psiquica/14](https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia_psiquica/14)

*Maria Lúcia Amaral*  
Provedora de Justiça

1. Passaram setenta e um anos desde o dia em que a Assembleia Geral das Nações Unidas, no contexto de reconstrução do Mundo após a Segunda Grande Guerra do Século xx, resolveu proclamar a Declaração Universal dos Direitos Humanos

A Declaração assinalou o início de um novo consenso constitucional, no verdadeiro e próprio sentido do termo. Um consenso quanto à existência de um certo número de valores que consideramos dignos de serem reconhecidos, que não precisamos de justificar e por cuja a proteção nos responsabilizamos. Esses são os valores dos direitos humanos. Na sua raiz está uma asserção que não data da segunda metade do século xx, pois que remonta – para não recuarmos mais longe – às declarações de direitos das revoluções iluministas do século xviii: a asserção segundo a qual todos os seres humanos, pelo simples facto de o serem, merecem, por parte das comunidades em que se inserem e por parte dos poderes que nessas comunidades se organizam, igual consideração e respeito. Esta asserção básica, resumida na frase “todas as pessoas nascem livres e iguais [em dignidade e direitos]”, não é descritiva. Não descreve o que se passa nem comunica factos. Prescreve. Enuncia o que deve passar-se. Procura ordenar o real e não simplesmente reproduzi-lo. E é em torno dela que se organiza todo o conjunto de valores que,

como disse, deu corpo ao consenso constitucional em que durante estes últimos setenta anos fomos vivendo.

2. Um dos valores que integra este consenso, e que decorre logicamente da asserção básica que o suporta, é aquele que vem inscrito no artigo 5.º da Declaração: *Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes*. Não preciso evidentemente de recordar aqui o contexto da História próxima que explicará, não apenas este ponto preciso da Resolução de 1948, como o tom enfático em que ela se proclama: *ninguém será submetido*. Como, creio, que não valerá a pena sequer recordar – e muito menos sumariar – a abundante literatura entretanto produzida, e destinada a fazer a exegese das palavras usadas. Importante é, sim, recordar o especialíssimo lugar que esta proclamação enfática ocupa no sistema de valores que há setenta anos foi adotado pela ONU. Se a premissa básica que dá sustento a todo esse corpo é aquela mesmo que atrás enunciei, a de que sendo todos os seres humanos iguais em dignidade, todos merecem ser tratados pelas comunidades em que se inserem com igual consideração e respeito, então, a ninguém será permitido o apropriar-se do outro, o apropriar-se do espírito e do corpo do outro, com o intuito de o aniquilar ou lhe infligir dor que desfigure a sua humanidade.

3. Foi este o espírito que presidiu à elaboração da Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 17 de dezembro de 1984 e recebida pela República portuguesa, com a aprovação para ratificação pelo Parlamento a 1 de março de 1988.

Depois de procurar definir, no seu artigo 1.º, os conceitos fundamentais que aqui estão em causa (nomeadamente, o conceito jusinternacional de «tortura»), a Convenção fez impender sobre todos os Estados que a subscreveram deveres de «tomar todas as medidas legislativas, administrativas e judiciais» destinadas a impedir eficazmente que os atos proibidos fossem cometidos no seu território ou em território sob a sua jurisdição; e instituiu um organismo que atuaria no seu seio – de acordo com o modelo geral dos *Charter based Mechanism* – ao qual seriam cometidas funções de recebimento de queixas, de fiscalização, e de reporte sobre o

modo como eram, ou não eram, efetivamente cumpridas nos territórios estaduais as obrigações assumidas em virtude da ratificação da Convenção. Semelhante modelo seria aliás replicado, no âmbito regional europeu, pelo sistema de proteção jusfundamental levado a cabo no contexto da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

4. Todavia, e porventura por se se ter pensado [experimentado, dado conta] que o que fora feito nos anos oitenta não acautelava suficientemente as exigências decorrentes do artigo 5.º da Declaração Universal, no início do novo século a *ONU* acrescenta mais um elemento ao edifício já construído em torno da proibição jusinternacional da tortura. E é assim que em dezembro de 2002 a *ONU* aprova o – assim chamado em português – Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Como o título em português é longo, prefiro doravante referir-me ao que ele designa usando as mais carinhosas expressões inglesas, que identificam a Convenção através da sigla *CAT* (*Convention Against Torture*) e o Protocolo Facultativo através da sigla *OPCAT* (*Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*).

O que vem então o *OPCAT* acrescentar ao sistema já previsto, vinte anos antes, pelo *CAT*? Fundamentalmente, vem adicionar aos já existentes instrumentos internacionais de controlo das políticas seguidas pelos Estados-membros da Convenção – e que, como já disse, detinham funções gerais de fiscalização, recebimento de queixas e de reporte – outros instrumentos de controlo, destinados especificamente – de acordo com o conhecido quadro conceitual dos *Treaty Based Mechanism* – a prevenir (e não a reprimir) a ocorrência dos comportamentos proibidos nos territórios dos Estados Membros. E o Protocolo Facultativo fá-lo através de três meios essenciais:

- Em primeiro lugar, através do estabelecimento de visitas regulares, efetuadas por organismos internacionais e nacionais independentes, a todos os locais onde se encontrem pessoas privadas de liberdade, a fim de prevenir (e saliento bem: prevenir) a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes. (artigo 1.º do Protocolo)



- Em segundo lugar, através da criação de uma instituição que realiza o seu trabalho no âmbito da Carta das Nações Unidas e que levará a cabo tais visitas regulares, instituição essa que é o Subcomité Para a Prevenção da Tortura e de Penas e Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, cuja composição vem definida no artigo 10.º do Protocolo Facultativo.
- Em terceiro lugar, através da criação, a nível interno, ou seja, no ordenamento jurídico de cada Estado-Parte, de um organismo destinado a realizar tais visitas, o chamado o Mecanismo Nacional de Prevenção contra a Tortura. (artigo 17.º do Protocolo Facultativo).

5. A República portuguesa ratificou o Protocolo Facultativo a dezembro de 2012. E logo no ano seguinte, por Resolução do Conselho de Ministros, (datada de 9 de maio de 2013), designou o Provedor de Justiça como – e cito os termos da Resolução – “mecanismo nacional de prevenção”.

Que dizer desta designação, e que dizer das novas exigências e dos novos desafios que por causa dela se impõem à instituição do Provedor de Justiça, já tão enraizada na comunidade nacional?

Que dizer, em primeiro lugar, da designação do Provedor como sede de Mecanismo Nacional de Prevenção.

Direi, antes do mais, que me parece fazer todo o sentido a decisão tomada logo em 2013 pela resolução do Conselho de Ministros. As funções que o OPCAT exige que se cumpram, no plano nacional, são funções que se enquadram no perfil constitucional, e na vocação institucional, do Provedor de Justiça de Portugal – como, aliás, se enquadram na vocação institucional de figuras a ele homólogas, particularmente aquelas que existem no espaço cultural que nos é comum, e que é, naturalmente, o espaço europeu.

Quando surgiu, historicamente, o *Ombudsman* era o órgão do Estado que visava assegurar o princípio da boa administração, surgindo antes do mais como meio informal e universal de defesa dos direitos dos cidadãos perante o poder executivo do Estado. Tal fazia todo o sentido, num quadro histórico marcado ainda pela dualidade dos princípios de legitimidade do poder e pela consequente necessidade de garantir, acima de tudo, a submissão integral da administração à lei. É que, de acordo com o *consenso constitucional* então existente, o poder ameaçador por excelência era o executivo,

face ao qual se requeria toda a vigilância e face ao qual se organizavam todos os esforços de proteção dos cidadãos. Mas sabemos bem que não é já esse o (ou já não é apenas esse) o *consenso constitucional* sobre o qual repousam as nossas conceções partilhadas de justiça. Hoje, e de acordo com tais conceções partilhadas, poder ameaçador por excelência será todo aquele que procurar subverter o corpo de valores que há setenta anos foram proclamados pela Declaração Universal. O Provedor de Justiça, em Portugal como em qualquer outro lado, terá por isso como função precípua a de procurar garantir, através do poder de influência de que dispõe (um poder neutro entre todos) que esse corpo de valores não venha a ser, na ordem estadual que constitucionalmente integra, desconsiderado ou subvertido. Não é que o Provedor deixe de ser aquilo que sempre foi: o elo de ligação entre o Poder Executivo e o Cidadão, de modo a defender este último e a auxiliar o primeiro no cumprimento do seu dever de boa administração. Só que, hoje, a esta função – digamos assim, matricial – se junta uma outra: a de ser auxiliar do Estado, de todos os poderes do Estado, no cumprimento dos deveres que para ele decorrem em virtude dos compromissos internacionais que assumiu na defesa e proteção dos direitos humanos.

Faz todo o sentido, por isso, que o Provedor de Justiça de Portugal tenha sido designado como «Mecanismo Nacional de Prevenção».

Mas que exigências e desafios daqui decorrem para a instituição? Muitos, e nem todos de fácil realização ou concretização.

Mas entre tantos pontos salientarei os seguintes:

Em primeiro lugar, salientarei que o Provedor sempre teve, e sempre exerceu, poderes relativos a universos de pessoas privadas de liberdade. Só que os poderes de realizar inspeções em estabelecimentos prisionais, que naturalmente se inscreviam, e continuam a inscrever-se, na sua função precípua de fiscalização do cumprimento das obrigações estaduais de boa administração, já não são só poderes. A efetivação de tais inspeções regulares corresponde agora ao cumprimento de *deveres* que o Estado português assumiu em virtude da Convenção contra a Tortura (chamada CAT) e do seu Protocolo Facultativo (OPCAT).

Em segundo lugar, estes deveres são deveres de prevenir. Visam evitar que o mal aconteça. Não são reações a queixas. Não são de natureza reparadora. São de natureza preventiva.

Em terceiro lugar, incidem tais deveres sobre todos os lugares onde haja pessoas privadas de liberdade. Diz o artigo 4.º n.º 2, do Protocolo que “se entende por privação de liberdade qualquer forma de detenção ou prisão ou colocação de uma pessoa num local de detenção público ou privado do qual essa pessoa não possa sair por vontade própria, por ordem de qualquer autoridade judicial, administrativa ou outra”.

**6.** É neste preciso ponto que as exigências que o *CAT* e o *OPCAT* trouxeram para o Estado português – que as cumpre através do Mecanismo Nacional de Prevenção (*MNP*) – se encontram com o tema do Colóquio que agora se encerra.

Perante todos estes dados normativos que acabei de referir, e que foram introduzidos por instrumentos de direito internacional no nosso ordenamento interno, os nossos conceitos partilhados de «privação de liberdade» e de «tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos» não podem a partir de agora deixar de incluir os espaços de tratamento psiquiátrico e os problemas peculiares que neles são vividos. É função do *MNP* visitar tais espaços e prestar-lhes especial atenção. Todavia, e ao contrário do que ocorre em instituições análogas existentes em muitos outros países (que, como Portugal, ratificaram quer o *CAT* quer o *OPCAT*), o *MNP* português ainda não deu início, de forma sistemática e efetiva, ao cumprimento desta especial obrigação que naturalmente lhe cabe. Faltamos para tanto os meios e os instrumentos. Sobretudo, falta-nos a condição mais essencial: a colaboração profícua entre o Direito e a Medicina, através da constituição de equipas conjuntas que permitam, neste domínio, levar a cabo um trabalho sólido, metódico, eficaz. Creio que o problema poderá vir a ser a breve trecho resolvido. Como o Colóquio de hoje, que me cabe agora encerrar, tão bem demonstra não nos dividem a este propósito diferentes ou antagónicas perceções das coisas: todos nós, médicos e juristas, práticos e académicos, convergimos em reconhecer que, no domínio da saúde mental, a ação comunitária que temos a obrigação de desenvolver não pode deixar de ser orientada por valores que todos compartilhamos, e que se reconduzem no seu núcleo fundamental à enfática prescrição que a Declaração Universal deixou inscrita há mais de setenta anos: *ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes*. Havendo

convergência quanto ao reconhecimento dos valores fundamentais que neste domínio nos guiam, os problemas que nos restam serão de fácil resolução: problemas práticos, de coordenação, organização e diálogo. Muito agradeço à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra o facto de tão bem ter sabido, com a iniciativa e a condução deste encontro, contribuir para a realização necessária desta tarefa conjunta; e asseguro que para garantir a sua execução existe a disponibilidade incondicional do Provedor de Justiça.

