

# Regime Jurídico das Incapacidades

## Novo Instituto para a Proteção dos Idosos

*Maria Conceição Barbosa Carvalho Sampaio*

(Juíza de Direito. Membro da Comissão de Proteção ao Idoso, Associação Regional do Norte)

### Sumário:

1. **Introdução**
2. **O envelhecimento nas sociedades desenvolvidas**
3. **A desadequação dos institutos da interdição e da inabilitação aos casos de capacidade diminuída**
4. **A ordem internacional. O direito comparado: o caso francês e o caso alemão**
5. **O direito português, perspectivas futuras**
6. **O novo instituto proposto: o direito de representação**
7. **Considerações finais**

### 1. Introdução

O presente trabalho pretende traçar em linhas gerais o atual regime das incapacidades civis e demonstrar a sua inadequação à nova realidade social formada por uma crescente população idosa. A adoção de um novo conceito de *capacidade diminuída*, mais consentâneo com a vulnerabilidade decorrente do processo de envelhecimento, alerta-nos para o vazio legal existente no nosso direito civil no que se refere à proteção dos idosos.

Portugal está a envelhecer. O envelhecimento populacional é uma conquista social e deve ser encarado com responsabilidade. Para isso, impõe-se que a legislação promova o respeito pelos domínios da capacidade da pessoa, que a disciplina jurídica da capacidade de exercício seja adaptável à variedade e especificidade das situações concretas e que impulse a participação das pessoas com *capacidade diminuída* na gestão da sua vida e do seu património e na escolha do seu representante.

Propõe-se um novo instituto – representação – cujo quadro legal alcance soluções de proteção jurídica respeitadoras da dignidade das pessoas com capacidade diminuída, assegurando-se o adequado controlo da aplicação das medidas e das decisões dos que representam a pessoa protegida.

Tem sido este o sentido seguido pela generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus e pelos instrumentos de direito internacional, sendo chegada a hora da nossa ordem jurídica dar o passo no caminho da harmonização, colhendo a sua lição.

## **2. O envelhecimento nas sociedades desenvolvidas**

As sociedades europeias sofreram uma alteração demográfica e social que consistiu no surgimento de um número cada vez maior de pessoas idosas.

O estado de evolução da medicina e a implementação de políticas de saúde pública conduziram a um aumento da esperança média de vida e a uma melhoria das condições de vida das pessoas idosas.

Na vertente social, porém, as modificações ocorridas levaram a uma acentuação do isolamento do idoso com o seu progressivo afastamento da vida em sociedade. Portugal é um dos dez países mais envelhecidos do mundo e, ao mesmo tempo, tem a quarta mais baixa taxa de fecundidade da União Europeia. Este desequilíbrio demográfico tem conduzido ao desequilíbrio da relação geracional tradicional. Assiste-se hoje ao chamado '*paradoxo do envelhecimento*', expressão utilizada pelo sociólogo MANUEL VILLAVERDE CABRAL, para significar que '*o que podia ser visto como uma bênção, o aumento generalizado da esperança de vida, quando*

*combinado com a baixa natalidade e o baixo crescimento, gera um conjunto de consequências gravosas que abalam a estabilidade das relações intergeracionais*<sup>1</sup>.

Este desequilíbrio gera problemas de natureza social e tem revelado a desproteção de uma franja etária já de si fragilizada, os idosos.

A idade avançada tem especificidades que devem ser frontalmente assumidas e tuteladas designadamente no plano do apoio social e da proteção jurídica. Na verdade, as pessoas idosas estão frequentemente expostas a práticas que atentam contra os seus direitos mais elementares, impondo-se assegurar a sua defesa.

Impõe-se, pois, face à evolução demográfica e à evolução no modo de encarar o estatuto social dos idosos, criar fórmulas adequadas ao enquadramento jurídico-civil destas pessoas<sup>2</sup>.

Se é verdade que o envelhecimento não determina, por si só, a perda de autonomia ou a incapacidade, o facto é que se assiste a um aumento exponencial do número de idosos em situação de dependência, quer física quer económica, e seguramente em situação de capacidade diminuída.

Há limitações de carácter físico e mental que não implicam necessariamente que uma pessoa não se encontre em condições de conduzir a sua própria vida. Não obstante, poderão verificar-se limitações de tal natureza que impeçam uma pessoa de exercitar autonomamente os seus direitos, justificando-se que seja então ponderada a aplicação de medidas de proteção. Por outro lado, a circunstância de uma pessoa padecer de uma debilidade que limita as suas faculdades mentais e físicas não significa nem deve determinar que esta fique, por esse motivo, legalmente impossibilitada de exercer todos os direitos de que é titular, antes devendo a extensão da diminuição da

---

<sup>1</sup> Diretor do Instituto do Envelhecimento, da Universidade de Lisboa, artigo publicado na Revista XXI, Ter Opinião - nº3, da FFMS.

<sup>2</sup> Posição há muito defendida, por exemplo, por Cláudia Trabuço, na intervenção feita no Colóquio Código Civil português – 40 anos de vigência - FDUNL (Jurisnova), 19 de Maio de 2007, sob o tema *O regime das incapacidades e do respectivo suprimento: perspectivas de reforma*.

capacidade ser fixada casuisticamente, em função das circunstâncias concretas. Há de ter-se em conta, nomeadamente, o facto de as alterações das faculdades de um indivíduo se traduzirem em manifestações de grau, intensidade e duração muito variáveis<sup>3</sup>.

### **3. A desadequação dos institutos da interdição e da inabilitação aos casos de capacidade diminuída**

O regime das incapacidades de maiores é integrado por dois institutos: a interdição e a inabilitação.

A interdição tem em vista todos aqueles que por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira se mostrem incapazes de governar as suas pessoas e bens (artigo 138º, nº 1, do Código Civil). A inabilitação aplica-se quando os casos determinantes da incapacidade sejam menos graves - mais especificamente, a inabilitação aplica-se a indivíduos que, devido a anomalia psíquica, surdez-mudez, cegueira, habitual prodigalidade, uso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, se mostrem incapazes de reger convenientemente o seu património (artigo 152º do Código Civil).

Ambas as figuras são aplicáveis à incapacidade permanente de pessoas maiores.

A prática judiciária tem demonstrado o recurso sistemático ao instituto da interdição para regular situações que envolve negócios patrimoniais dos idosos.

Ora, o interdito é equiparado ao menor. Se já é difícil equiparar o interdito ao menor e aceitar que ambos venham a ser tratados da mesma forma, ainda que *‘com*

---

<sup>3</sup> Neste sentido a Estratégia de Proteção ao Idoso, constante da Resolução do Conselho de Ministros 63/2015, publicada no Diário da República - 1ª série - nº165, 25 de agosto de 2015, onde se afirma que ‘inverte-se a regra até agora vigente, no sentido de considerar que, em princípio, todas as pessoas são dotadas de plena capacidade jurídica, devendo, por isso, ser expressamente delimitada a concreta área de incapacidade de exercício que afete uma determinada pessoa’.

as necessárias adaptações', está bom de ver a inadequação deste regime às pessoas idosas que por força do atuar natural da idade estejam com as suas capacidades diminuídas.

O regime em causa, atenta a sua conceção, natureza e efeitos, é desajustado e, por isso, ineficaz para dar resposta a situações de vida complexas, evolutivas e muito diversas.

São várias as críticas que se apontam ao carácter automático, global e estático dos efeitos da interdição: (i) um sistema ablativo, que cria uma permanente condição de verdadeira inferioridade jurídica, que não atende à idoneidade ou aptidão concreta do sujeito, (ii) um regime legal com consequências perversas, o seu carácter anti-terapêutico e disruptivo, a forte resistência com que amiúde depara por parte do doente, ao arrepio da ideia médica de que a colaboração e empenho deste constituem, a maior parte das vezes, condição primeira da eficácia do tratamentos e cura<sup>4</sup>, (iii) a estigmatização, segregação e, em geral, abandono, a que o incapaz se encontra exposto, (iv) a funcionalização dos institutos aos interesses dos familiares e de terceiros.

No desfasamento deste instituto à realidade atual está também o requisito da existência de uma anomalia psíquica, enquanto deficiência patológica<sup>5</sup>.

A noção de anomalia psíquica tem vindo a evoluir no sentido da sua maior amplitude<sup>6</sup>. A Organização Mundial de Saúde recusa uma definição de saúde mental,

---

<sup>4</sup> O saber psiquiátrico vê na interdição um instrumento anti-terapêutico, susceptível de se repercutir desfavoravelmente no estado do paciente, muitas vezes considerada por este como uma intrusão injusta, com conotações discriminatórias e infamantes.

<sup>5</sup> Note-se que o instituto da interdição – tal como se encontra delineado – é restrito às deficiências intelectuais ou mentais profundas, em que o indivíduo não tem quaisquer competências ou aptidões para ser autónomo em qualquer aspeto da sua vida.

<sup>6</sup> A propósito do conceito de anomalia psíquica pode ver-se Paula Távora Vítor, *Pessoas com capacidade diminuída: promoção e/ou protecção*, in Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

afirmando que esta se refere ao nível de qualidade de vida cognitiva ou emocional do indivíduo, o que é consideravelmente mais amplo do que a mera ausência de transtornos mentais.

A doutrina e a jurisprudência acolheram esta maior amplitude. Na doutrina pode ver-se GABRIELA PÁRIS FERNANDES para quem *‘o conceito de anomalia psíquica (...) é amplo ou genérico, por abranger (...) não só deficiências patológicas do intelecto, entendimento ou discernimento, mas também deficiências patológicas da vontade, afectividade e sensibilidade’*<sup>7</sup>. Na jurisprudência pode ver-se o Ac. da Relação de Coimbra de 11 de Novembro de 2014, de acordo com o qual *‘o conceito de anomalia psíquica é (...) tomado num sentido mais lato, por abranger não só as deficiências patológicas do intelecto, entendimento ou discernimento, mas também as deficiências patológicas da vontade, da sensibilidade e afectividade, que afectem a pessoa no todo ou em parte, para gerir os seus interesses pessoais e patrimoniais’*<sup>8</sup>.

Na doutrina é discutida a natureza taxativa ou exemplificativa das causas de interdição. Esta discussão tem subjacente as dificuldades relativas ao requisito da anomalia psíquica, mesmo com a amplitude que lhe é atribuída. Com efeito, tem sido entendido que este requisito pressupõe sempre a *‘natureza patológica do distúrbio’*<sup>9</sup>, o que exclui situações em que a interdição se apresenta como uma solução adequada atendendo à situação específica do requerido, mas não é possível afirmar a existência de uma patologia. No sentido de que as causas de interdição têm natureza taxativa - *numerus clausus* - pode ver-se HENRICH EWALD HÖRSTER para quem *‘a interdição pode resultar unicamente das causas previstas no art. 138º n.º1 do Código Civil’*<sup>10</sup>. Em sentido

---

(Centro de Direito da Família), Direito da infância, da juventude e do envelhecimento, Coimbra Editora, 2005, pág. 193 a 197.

<sup>7</sup> In Comentário ao Código Civil – Parte Geral (2014), pág. 297.

<sup>8</sup> Processo 63/2000.C1, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>9</sup> Gabriela Páris Fernandes, ob. cit., pág. 298.

<sup>10</sup> In A Parte Geral do Código Civil Português (1992), pág. 333.

contrário pronuncia-se ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO para quem *'trata-se de uma enumeração que temos como exemplificativa e que aqui surge por razões de tradição histórica (...). De facto, o decisivo é que os visados se mostrem incapazes de governar as suas pessoas e os seus bens'*<sup>11</sup>.

Mesmo com a maior amplitude do conceito de anomalia psíquica, o entendimento dominante é que a situação das pessoas idosas, com a diminuição das capacidades cognitivas e mentais própria do envelhecimento, não pode ser enquadrada na interdição.

Por um lado, não está em causa uma patologia, mas um processo normal na evolução do ser humano ao longo da vida. Por outro lado, ainda que se aceite a natureza meramente exemplificativa das causas de interdição, sempre se dirá que na generalidade dos casos a situação das pessoas idosas não tem gravidade suficiente para que seja decretada a sua interdição, o que se traduzia numa solução excessiva. Neste sentido pode ver-se RAÚL GUICHARD ALVES que afasta a interdição *'enquanto tais fenómenos sejam apenas o efeito natural da usura da idade e não consequências ligadas a distúrbios psíquicos, um eventual pedido de interdição será improcedente. De uma anomalia psíquica não se poderá falar aí, pelo menos se as capacidades manifestadas forem consentâneas com a idade'*<sup>12</sup>.

As limitações que resultam do requisito da anomalia psíquica e a natureza particularmente gravosa das suas consequências, justificam uma reformulação do regime das incapacidades vigente para responder adequadamente à situação das pessoas idosas, especialmente daquele conjunto específico de pessoas que não têm a plenitude das capacidades cognitivas, mentais ou mesmo físicas, mas continuam ativas na sociedade, celebrando negócios jurídicos, em resultado da melhoria das suas condições de saúde.

---

<sup>11</sup> In Tratado de Direito Civil – Tomo III (2004), pág. 419.

<sup>12</sup> In *Alguns Aspectos do Instituto da Interdição* – Centro de Estudos Judiciários (2015), pág. 69.

Sendo hoje consensual o desajustamento destes mecanismos, não existe também um instituto próprio de proteção das pessoas idosas que dê resposta às limitações decorrentes da sua capacidade diminuída por força do envelhecimento.

O cidadão idoso é visto em princípio como um adulto com plena capacidade de exercício. O ponto de partida é correto, se pelo caminho atentarmos na possibilidade de desvios. Os casos da vida diária são muitos e diversificados. Vejam-se os casos tão correntes avançados por CLÁUDIA TRABUCO<sup>13</sup>, e a sua contextualização: *‘a existência de uma relação jurídica de parentesco ou de afinidade não legitima os familiares a assumirem decisões que se prendam com a pessoa e os bens do seu parente. Da mesma forma, os profissionais das instituições prestadoras de cuidados de saúde devem restringir a sua actuação à prestação de cuidados. No entanto, quando confrontados com uma gradual ou repentina diminuição de capacidade, quer uns quer outros, assumem a gestão da vida das pessoas, tomando decisões relativas à sua vida, saúde e património, muitas vezes sem legitimidade para tal e sem supervisão, que permita designadamente verificar se o interesse da pessoa idosa foi efectivamente acautelado. Assim sucede com a decisão de internamento numa instituição social, muitas vezes tomada pela família com o acordo da instituição em causa sem o consentimento expresso do idoso; com as decisões para a realização de pequenas intervenções de saúde (pequenas intervenções oftalmológicas, utilização de sedativos, tratamentos de fisioterapia,...) que aparecem frequentemente autorizadas pelo responsável da instituição ou por um familiar; com o recebimento e gestão das pensões e demais rendimentos, caso em que se recorre à abertura de uma conta solidária, entre outras’.*

Trata-se de situações que violam os direitos de cidadania e põem em causa a promoção da autonomia e a qualidade de vida da pessoa idosa, exigindo das famílias e dos prestadores de cuidados formais uma intervenção para a qual não estão

---

<sup>13</sup> Cláudia Trabuco, ob. cit. pág. 15.



preparados e para qual não estão legalmente mandatados. A necessidade de proteger a esfera pessoal e patrimonial da pessoa idosa pode exigir limitações ou assistência na capacidade de exercício ainda que inexista ou esteja apenas diminuída ou limitada a sua capacidade de querer e entender ou de executar as decisões. Impõe-se uma alteração que venha dar cobertura jurídica adequada a uma já realidade de facto.

Respeitando o estágio de saúde física e mental do idoso por forma a assegurar a manutenção do seu modo e qualidade de vida, em especial a preservação da sua autonomia, deve simultaneamente garantir-se a adequada tutela jurídica quando em resultado das limitações adquiridas com o processo de envelhecimento, se mostre impossibilitado de, por forma esclarecida e autónoma, tomar decisões sobre a sua pessoa e bens, ou de as exprimir ou lhes dar execução.

O nosso regime civil encontra-se desajustado dos novos paradigmas sociais, impondo-se alterações que passam pela construção de um novo instituto jurídico de proteção dos maiores, adaptado às concretas aptidões e exatas limitações do indivíduo idoso, reconhecendo-lhe o correspondente grau de autodeterminação.

#### **4. A ordem internacional. O direito comparado: o caso francês e o caso alemão**

São muitos os instrumentos normativos internacionais e comunitários que abordam a temática da proteção de adultos, enunciando, a título de exemplo:

- A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2010/C 83/02), que consagra os direitos dos idosos, e que se tornou um ponto de referência frequentemente utilizado no desenvolvimento das políticas da União Europeia;
- A Convenção da Haia de 13 de Janeiro de 2000, relativa à Protecção Internacional de Adultos;

- A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 13 de Dezembro de 2006;
- A Recomendação da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa 818 (1977) relativa à situação dos doentes mentais;
- A Resolução n.º 46/91 da Assembleia Geral das Nações Unidas que consagrou os Princípios das Nações Unidas para as Pessoas Idosas;
- A Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa (99) 4, sobre os princípios respeitantes à protecção jurídica dos maiores incapazes, adoptada pelo Comité de Ministros a 23-02-1999;
- A Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa 1418 (1999), a respeito da protecção dos direitos humanos e a dignidade dos doentes terminais;
- A Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa (2004) 10, a respeito da protecção dos direitos humanos e da dignidade das pessoas com doença mental, adoptada pelo Comité de Ministros a 22-09-2004;
- A Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa (2006) 5, a respeito do Plano de Acção para a promoção dos direitos e plena participação na sociedade das pessoas com deficiência, adoptada pelo Comité de Ministros a 05-04-2006;
- A Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa 1796 (2007), a respeito da situação dos idosos na Europa;
- A Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa (2009) 6, a respeito do envelhecimento e da deficiência;
- A Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa (2014) 2, a respeito da promoção dos direitos humanos dos idosos, adoptada pelo Comité de Ministros a 19-02-2014.

Destacamos, pela sua importância no que refere à situação dos idosos, a Resolução n.º 46/91, da Assembleia Geral das Nações Unidas (Princípios das Nações Unidas para as Pessoas Idosa) e a Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa (2014) 2 (Promoção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas) e ainda a Recomendação do Conselho da Europa (99) 4 por consagrar expressamente princípios basilares no âmbito da proteção dos indivíduos adultos incapazes.

A Resolução n.º 46/91, da Assembleia Geral das Nações Unidas, consagrou os Princípios das Nações Unidas para as Pessoas Idosas. Estes princípios incluem a independência, a participação, a assistência, a realização pessoal e a dignidade. Na concretização destes princípios salienta-se no documento que os idosos devem permanecer integrados na sociedade, participar ativamente na formulação e execução de políticas que afetem diretamente o seu bem-estar, devem ter acesso a serviços sociais e jurídicos que reforcem a respetiva autonomia, proteção e assistência, devem ter a possibilidade de procurar oportunidades com vista ao pleno desenvolvimento do seu potencial e devem ter a possibilidade de viver com dignidade e segurança, sem serem explorados ou maltratados física ou mentalmente, ser tratados de forma justa, independentemente da sua idade, género, origem racial ou étnica, deficiência ou outra condição, e ser valorizados independentemente da sua contribuição económica.

Na mesma linha surge a Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa (2014) 2 sobre a promoção dos direitos humanos das pessoas idosas, onde se consagram algumas linhas de ação respeitantes às pessoas idosas como a não discriminação, nomeadamente em razão da idade, a promoção da autonomia e participação, a proteção contra a violência e os abusos, a proteção social e emprego, a promoção da saúde e o acesso à justiça.

Fundamental nesta temática, por consagrar expressamente princípios basilares no âmbito da proteção dos indivíduos adultos incapazes, apresenta-se a Recomendação do Conselho da Europa (99) 4. A recomendação começa por definir os maiores incapazes como as pessoas com mais de dezoito anos que, *em razão de*

*uma alteração ou de uma insuficiência das suas faculdades pessoais, não se encontram em condições de compreender, exprimir ou tomar, de forma autónoma, decisões relativas à sua pessoa e ou aos seus bens, não podendo, em consequência, proteger os seus interesses’.*

Professando a denominada doutrina da alternativa menos restritiva, esta Recomendação vem estabelecer que a defesa das pessoas com capacidade diminuída deve efetuar-se com a menor restrição possível dos direitos fundamentais, mediante o recurso a instrumentos de proteção que permitam assegurar àquelas o máximo controlo sobre a sua vida.

Para tal desiderato impõe-se uma flexibilidade nas respostas legais, o direito a ser ouvido pessoalmente, o respeito pelos desejos e sentimentos da pessoa em causa e a prevalência dos interesses e do bem-estar desta, tudo enformado pelo princípio da proporcionalidade, da necessidade e subsidiariedade e pela preservação máxima da capacidade.

O princípio da flexibilidade nas respostas legais contempla a aplicação de medidas de proteção adequadas ao grau de incapacidade, a disponibilização de medidas simples e não dispendiosas, a possibilidade de medidas que não restrinjam necessariamente a capacidade jurídica do adulto que carece de proteção ou que se circunscrevam a um ato específico, sem que seja necessária a designação de um representante geral ou de alguém com poderes prolongados de representação e a relevância das disposições de vontade de uma pessoa capaz destinadas a regular uma situação de incapacidade própria superveniente<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Sobre os princípios definidos na Recomendação do Conselho da Europa (99) 4, pode ver-se Jorge Duarte Pinheiro, *As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres. Incapacidades e Suprimento – A Visão do Jurista*, in Revista O Direito, ano 142, n.º 3 (2010), pág. 465-480.

A Recomendação de 1999 veio firmar um novo entendimento do conceito de incapacidade cotejando-o com o reconhecimento dos direitos humanos dos indivíduos em causa e a sua individualidade.

De todos os instrumentos normativos internacionais ressalta a conceção basilar de que as restrições colocadas à vida social e jurídica de quem sofre de alguma diminuição da sua capacidade se devem conter naquilo que é estritamente necessário à sua concreta proteção, e, em caso algum, conduzir à sua exclusão da vida de relação quotidiana.

Também em muitos ordenamentos jurídicos a proteção jurídica do cidadão idoso, no que respeita ao exercício dos seus direitos civis, foi já objeto de atenção justamente por via da regulação dos sistemas de proteção dos maiores.

É o caso da França, Bélgica e Espanha<sup>15</sup>, que inseriram um quadro mais lato e flexível de outras novas medidas de proteção, sendo que no regime francês se identifica expressamente o envelhecimento como uma das causas de diminuição de capacidades que podem justificar a aplicação de medidas de proteção. Também a Suíça, culminando um longo trabalho preparatório, prepara-se para rever o ZGB (Código Civil suíço) no capítulo respeitante à *proteção do adulto*.

Merece algum detalhe, pela sua inovação, o regime francês.

Os regimes de proteção previstos no *Code Civil* são três: a tutela, a curatela e a (traduzida à letra) salvaguarda de justiça - *sauvegarde de justice*<sup>16</sup>.

Presume-se capacidade a todos os maiores (art. 488º, al. 1), salvaguardando-se de seguida que são protegidos pela lei todos aqueles que por alteração das suas faculdades estão impossibilitados de prover eles próprios aos seus interesses (art. 488º, al. 2).

---

<sup>15</sup> A Ley 13/83, de 24 de Outubro de 1983, alterou o Código Civil, nos Títulos IX e X do primeiro Livro, em matéria de incapacidade legal e de tutela, tendo mais tarde a Ley do Enjuiciamento Civil de 2000, introduzido alterações nos aspetos adjetivos.

<sup>16</sup> Code Civil, Título XI.º do Livro I.º, artigos 488º a 514º.

Para o que nos interessa, vamo-nos deter na figura da *sauvegarde de justice*. Esta medida está pensada para aquelas situações em que a pessoa não está incapaz de agir por ela própria, mas necessita de proteção, nos dizeres da lei, ‘*têm necessidade de serem protegidos nos atos da vida civil*’ - art. 491º. Prevêem-se aqui as alterações ou deficiências mentais pouco graves que permitem à pessoa um relacionamento social quase normal, mas que a expõem ao risco de ser ‘*explorada*’ por pessoas sem escrúpulos, ou os casos de necessidade de sujeição a tratamento mental em meio aberto, de hemiplegia, de surdez-mudez, ou aqueles casos em que, previsivelmente, a alteração das faculdades mentais seja de curta duração.

A *sauvegarde de justice* não afeta a capacidade de exercício do sujeito protegido, o qual não é representado. Ocorre apenas que os seus atos são sujeitos a uma eventual ‘*rescisão*’ por ‘*lesão*’ ou ‘*redução*’, em caso de ‘*excesso*’, nos termos do art. 491º, 2, al. 2.

A *sauvegarde* visa também proteger a pessoa da sua própria inação, aplicando-se aos casos em que não tenha nomeado um mandatário, antes ou depois da instauração da medida.

Esta medida é na sua estrutura e efeitos muito maleável, limitada a situações transitórias e pouco graves, muito procurada e aplicada no caso das pessoas idosas.

Uma das alterações mais relevantes ocorridas no capítulo das capacidades civis foi a preconizada pela lei alemã.

A *Betreuungsgesetz* (Lei do Acompanhamento) de 12 de Setembro de 1990, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1992, aboliu a tutela de maiores, substituindo este instituto por um novo, conhecido por *Betreuung* ou acompanhamento<sup>17</sup>.

A ideia subjacente à reforma foi a de reforçar a posição jurídica das pessoas idosas e débeis, dos doentes psíquicos ou físicos, assim como dos deficientes mentais,

---

<sup>17</sup> O regime do acompanhamento está regulado nos §§ 1896 a 1908 do Código Civil alemão.

possibilitar-lhes, no possível, a participação no tráfico jurídico e procurar esgotar as possibilidades da sua reintegração.

O acompanhamento aplica-se à pessoa maior que, por doença mental, deficiência física, mental ou psicológica, não possa tratar total ou parcialmente dos seus assuntos (§ 1896 I 1) e tem como efeito a designação de um ou mais acompanhantes, a quem compete a prática dos atos necessários para cuidar dos assuntos da pessoa acompanhada (§ 1896 I e II, 1901 I).

É uma medida decretada pelo tribunal, a pedido do próprio interessado ou officiosamente, se ele padecer de doença mental ou não puder manifestar a sua vontade.

A enumeração legal das causas que podem levar à instauração do acompanhamento tem carácter exaustivo, assinalando-se o uso de termos relativamente indefinidos. Neste conspecto, o conceito de deficiência mental (*seelische Behinderung*) cobre todos os diferentes estados de regressão ocorridos durante a vida da pessoa, sejam provenientes de afeções psíquicas, sejam devidos à idade, classificados de modo geral como casos de demência senil.

A designação de um acompanhante não pode colidir com a vontade livre e esclarecida do adulto sob proteção, havendo que ser acolhida a sugestão feita por este de designação de certa pessoa como acompanhante, salvo se for contrária ao interesse do protegido (§ 1897 IV). O acompanhante será, em regra, uma pessoa singular (§ 1897), podendo a função ser exercida a título privado, ou por uma pessoa que seja colaboradora de uma associação ou de uma entidade pública competente no domínio do acompanhamento. O acompanhante privado pode ser um profissional remunerado ou pode ser alguém que assuma a função fora da sua profissão, mas recompensada de acordo com o património do protegido e as funções que lhe foram cometidas, ou mesmo particulares que intervêm de forma graciosa. O acompanhamento pode ainda ser cometido a uma associação ou a uma entidade pública (autoridade competente em matéria de acompanhamento).

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

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

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

De tudo isto avulta, por um lado, a prevalência concedida ao *'bem'* da pessoa, como critério da atuação do acompanhante, e a necessidade de um contacto pessoal e íntimo, de um intenso diálogo e informação com o acompanhado.

O acompanhamento apenas surgirá se e enquanto se mostrar em concreto necessário, no estrito conjunto de interesses que careçam de ser geridos e que serão determinados pelo tribunal em cada caso (§ 1896 II 1).

Tendo na sua base preservar a possibilidade de autodeterminação, a medida do acompanhamento, por si só, não afeta a capacidade da pessoa a ela submetida. Só em caso de perigo relevante para a pessoa ou património do acompanhado pode o tribunal decretar a chamada *'reserva de consentimento'* (§ 1903), fazendo depender a eficácia de certos atos de prévia autorização.

O acompanhante é considerado como representante judicial e extrajudicial do acompanhado, tendo a posição de um representante legal (§ 1902). É, pois, possível uma área de atuação concorrente, de *'dupla competência'*, onde acompanhante e acompanhado podem atuar válida e eficazmente.



A sentença não é, por princípio, inscrita no registo público. Ao acompanhante é facultado um documento com a sua identificação e a do acompanhado e com as funções que lhe são cometidas.

A Lei do Acompanhamento alemã (à semelhança da austríaca) não faz referência expressa à situação dos idosos mas a flexibilidade do modelo estabelecido é perfeitamente aplicável a estes casos.

### **5. O direito português, perspetivas futuras**

As respostas para a situação das pessoas idosas são um desafio para o direito civil.

No direito civil, é necessária uma análise que vá além do tradicional estudo dos institutos jurídicos tal como foram consagrados pelo legislador e que permita a integração de novas realidades.

O Código Civil português foi aprovado no ano de 1966. O regime das incapacidades corresponde, no essencial, à versão originária. As únicas alterações foram introduzidas pelo DL. nº496/77 de 25 de novembro e limitaram-se à menoridade, tendo consistido na eliminação dos art. 134º a 137º do Código Civil.

A sociedade da época e que esteve na mente do legislador era essencialmente fundiária, relacionada com os bens imóveis. A sociedade atual é essencialmente mobiliária em que o elemento principal da vida quotidiana das pessoas são os bens móveis, mormente a retribuição do trabalho e os depósitos bancários. Numa sociedade essencialmente fundiária, compreende-se que o legislador não se tivesse preocupado especialmente com a capacidade de exercício das pessoas idosas. Os atos com relevância que podiam ser praticados estavam relacionados, fundamentalmente, com a disposição de bens imóveis, o que implicava uma maior ponderação e uma atuação de que as pessoas próximas (em regra familiares) podiam aperceber-se, desde logo pela necessidade de formalização. Existiam, pois, mecanismos de controlo que podemos designar de intrínsecos à natureza dos atos. Em contrapartida, numa

sociedade essencialmente mobiliária, os atos que as pessoas idosas podem praticar estão relacionados com a disposição de quantias monetárias e de bens móveis, próprias do devir do um novo quotidiano. Relativamente a estes atos os mecanismos de controlo são substancialmente menores. Não é necessária uma particular ponderação e a regra é que as outras pessoas, especialmente os familiares, não se apercebem destes atos ou das suas consequências para a pessoa idosa.

Estes aspetos tornam necessário um entendimento do direito civil mais ligado à pessoa humana e às novas realidades. Concretamente, a evolução da sociedade tem demonstrado que a tradicional análise patrimonial que está subjacente ao direito civil deve ser ultrapassada, progredindo-se para uma conceção centrada nas pessoas, que é mais consentânea com o atual figurino social.

Impõe-se hoje repensar o regime da capacidade de exercício efetuando, como afirma RAÚL GUICHARD ALVES, *'a necessária coordenação com a realidade constitucional, na centralidade que esta atribui à pessoa humana, à sua dignidade e liberdade, dentro de uma sociedade solidária'*<sup>18</sup>.

É urgente caminhar para o estabelecimento de um sistema jurídico-civil de proteção dos idosos, que em consonância com ordem internacional, seja norteado por três princípios fundamentais: (i) o princípio da preservação máxima da capacidade, (ii) o princípio da necessidade e (iii) o princípio da proporcionalidade.

O objetivo primordial prosseguido com a aplicação de uma medida de proteção deve ser o de promover, proteger e garantir o pleno gozo de todos os direitos pelo cidadão idoso que veja a sua capacidade diminuída, tomando as medidas apropriadas, quanto à sua adequação e proporcionalidade, para o auxiliar no exercício da sua capacidade jurídica.

A natureza da medida deve ser determinada pelo tipo e grau de diminuição da capacidade e aferida pela preservação da máxima autonomia, pois como é sabido a

---

<sup>18</sup> In *Alguns Aspectos do Instituto da Interdição* – Centro de Estudos Judiciários (2015), pág. 40.

manutenção da liberdade de escolha e da condução da sua pessoa e do seu património contribui para a preservação da saúde mental e do bem-estar dos indivíduos. A promoção da capacidade funcional da pessoa idosa tem importantes implicações na sua qualidade de vida, por estar relacionada com a capacidade de gestão do seu quotidiano. O declínio da capacidade funcional está associado a uma complexa rede causal de fatores físicos, psíquicos, sociais e económicos, e ações preventivas especificamente voltadas para certos fatores podem propiciar o prolongamento do bem estar da população idosa<sup>19</sup>. Daí que se apresente prioritário o planeamento de um programa global específico de intervenção para a eliminação de certos fatores de risco relacionados com a capacidade funcional, sendo que, no aspeto eminentemente jurídico, a introdução de novos mecanismos na lei civil, *'deve ser precedida de estudos sociológicos e estatísticos cuidados e deve aparecer enquadrada por orientações sólidas que se traduzam em políticas geronto-sociais coerentes, que ultrapassem, naturalmente, a mera questão da capacidade civil'*, como bem alerta CLÁUDIA TRABUCO<sup>20</sup>.

As tendências normativas internacionais e sobretudo a nova realidade social reclama que a par da manutenção dos institutos existentes da interdição e da inabilitação modificados, embora, nos aspectos mais desajustados, se institua um outro que os complementa.

Creemos ser necessário instituir uma terceira via de proteção menos intensa tendo em vista, até, os casos das pessoas que apenas necessitem de ser representadas ou assistidas para a prática de determinados atos. Procura-se contemplar aquelas situações em que a pessoa necessita de auxílio e proteção, sem estar em causa

---

<sup>19</sup> À medida que o ser humano envelhece torna-se cada vez mais difícil de realizar certas tarefas do dia a dia, diante disso, a avaliação da capacidade funcional, que salienta a habilidade ou aptidão para cuidar de si próprio, é um indicador fundamental diretamente associado ao nível de qualidade de vida.

<sup>20</sup> Cláudia Trabuco, ob. cit., pág. 17.

propriamente uma doença mental grave ou permanente ou, sequer, uma incapacidade.

Não se pode mais escamotear a realidade específica que envolve a pessoa idosa e a premência em construir um modelo de proteção que tutele os seus interesses tanto pessoais como patrimoniais. Neste caso, não se trata de declarar uma incapacidade mas de instituir uma medida de proteção.

Podemos, pois, assentar como base para o trabalho futuro na consideração expressa de que os mecanismos jurídicos de representação vigentes são desadequados à tutela jurídica reclamada pelos cidadãos idosos, atendendo desde logo à nova realidade emergente, e na necessidade de instituir uma terceira via de proteção que tutele, atendendo ao seu grau, as situações de *capacidade diminuída*.

## **6. O novo instituto proposto: o direito de representação**

Há necessidade de criar um novo instituto que poderemos designar de representação.

O seu âmbito de aplicação incidiria sobre as pessoas com *capacidade diminuída*.

Este conceito teria de ser médico-legalmente regulamentado, no sentido de acolher, entre outras, a situação particular de natural fraqueza ou vulnerabilidade física e mental decorrente do envelhecimento.

Não seria necessário um exercício maior que adaptar, atualizando e eventualmente alargando, a conceção de incapacidade considerada na Recomendação n.º R(99) 4, sobre os princípios relativos à proteção jurídica dos incapazes maiores, do Comité de Ministros do Conselho da Europa. Neste diploma, a incapacidade traduz um conceito funcional relativo à aptidão para tomar decisões ou executar decisões. A adaptação sugerida, que contemplaria igualmente vulnerabilidades físicas, conduziria ao conceito de *capacidade diminuída*. O pendor não assentaria numa incapacidade mas em vulnerabilidades.

O envelhecimento implica um aumento do risco para o desenvolvimento de vulnerabilidades de natureza biológica, socioeconómica e psicossocial, em virtude do declínio biológico típico da senescência, o qual interage com processos socioculturais, com os efeitos cumulativos de condições deficitárias de saúde, educação, e com as condições do estilo de vida atual.

O conceito de vulnerabilidade é definida por CHRISTIAN DE PAUL DE BARCHIFONTAINE, como *‘o estado de um indivíduo que por alguma razão tem a sua capacidade de autodeterminação reduzida podendo apresentar dificuldades para proteger os seus próprios interesses devido a deficits de vária ordem quer físicos quer mentais’*<sup>21</sup>.

A capacidade diminuída assentaria o seu alicerce nesta noção mais flexível de vulnerabilidade.

Depois, as medidas previstas teriam de ser suficientemente flexíveis de modo a possibilitar uma resposta apropriada e eficaz aos diferentes graus de diminuição da capacidade e à variedade das possíveis situações. Importaria a distinção entre a necessidade de assistência geral, caso em que seria nomeado um representante geral, e o auxílio para atos específicos ou intervenções pontuais, situações onde não se requer a nomeação de um representante com poderes gerais, mas limitados a esses atos (são os casos de acompanhamento na venda de imóveis, consentimento para uma intervenção médica especial ou administração da pensão de reforma do idoso internado). Particular atenção deveriam merecer os casos urgentes, prevendo-se a possibilidade de aplicação de medidas provisórias.

Acentuar-se a possibilidade de a outorga de poderes de representação legal não afetar a capacidade da pessoa a proteger, não atentando contra o núcleo essencial do seu direito à capacidade civil, incentivando-se, até, os mecanismos de atuação conjunta entre o representante e o representado.

---

<sup>21</sup> *Vulnerabilidade e Dignidade Humana*, in *O Mundo da Saúde* 2006 - nº 30, vol. 3, pág. 434.

Neste conspecto deverá ser dada ampla relevância à vontade e desejos do sujeito afetado, envidando-se judicialmente, nessa conformidade, o exercício de aplicação de medidas queridas e ajustáveis à situação de cada indivíduo e passíveis de contribuir para materializar o seu direito de escolha e decisão.

A atribuição de legitimidade ao idoso para requerer a aplicação de medidas de proteção, e para propor a pessoa que deve ser nomeada para o representar (proposta essa que deverá ser aceite pelo tribunal, salvo nos casos em que se conclua que poderá existir prejuízo grave para os seus interesses).

Consignar-se a possibilidade de, através de instrumento próprio, o idoso poder constituir previamente representante para a eventualidade de verificação de perda ou diminuição de capacidades, reconhecidas mais tarde por via judicial. Neste capítulo, importa regulamentar para melhor garantir a figura do *'representante na previsão de incapacidade'*.

Uma vez designado, o representante tem, em especial, de informar e ouvir o representado, discutindo com o mesmo os assuntos importantes antes da sua resolução.

A função de representante deveria ser deferida a pessoas qualificadas que assegurem a efetiva representação do idoso em situação de capacidade diminuída, prevendo-se ainda um sistema adequado de controlo, quer da aplicação das medidas, quer das decisões dos representantes do protegido. Sem embargo deste controlo judicial, haveria que prever-se, igualmente, os termos gerais da responsabilidade civil dos representantes.

Na instrução do processo, para além da audição do próprio interessado, estando em causa avaliar as faculdades pessoais do idoso, assume especial relevo o relatório médico e o relatório social elaborado por uma equipa multidisciplinar. Estes dois mecanismos de avaliação devem ser interligados e complementares. O relatório social deve apurar o quadro de vida, contendo a descrição das atividades diárias do interessado, que permita avaliar a sua situação patrimonial e familiar, o apoio de que

dispõe, a rede institucional de apoio disponível no local de residência. Com base nesta informação e avaliação social, deve ser posteriormente mencionado no relatório médico a determinação da capacidade para cada atividade específica. O relatório médico determinará o início, o grau e a natureza da vulnerabilidade, fundamentadora da capacidade diminuída, e os seus efeitos na gestão da pessoa e do património, permitindo que se avalie com maior segurança as áreas em que terá de se determinar limitações à capacidade civil.

Este tipo de avaliação corresponde ao designado *modelo funcional*, adotado em muitos sistemas, pois que como é comumente aceite, a variabilidade do nível de capacidade para um mesmo diagnóstico, é enorme. Acresce que, a qualidade da informação social reportada é essencial para aferir e atribuir o nível de diminuição da capacidade proporcional ao tipo de exigência dos atos do quotidiano. Exige-se neste ponto provas periciais específicas para alcançar a *'gradação da diminuição da incapacidade'*.

Na ponderação da medida de proteção a aplicar poderá o juiz ouvir ou consultar o círculo de pessoas próximas e com interesse particular no bem-estar do idoso, assumindo aqui papel especial a figura do Provedor do Idoso, que urge difundir e implementar de forma institucional, e a quem competirá, dada a sua especial qualificação, fazer a ligação entre os desejos e necessidades da pessoa idosa e a sustentabilidade das medidas de proteção conformes aos mesmos<sup>22</sup>.

As medidas seriam periodicamente reavaliadas e passíveis de substituição.

No que se refere à publicidade da decisão aplicativa de medidas de proteção, haveria que sopesar as vantagens de proteção do visado e de terceiros com os seus inconvenientes, designadamente, como adverte RAÚL GUICHARD ALVES, o risco de *'etiquetação'* ou estigmatização<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Sobre a figura do Provedor do Idoso, pode consultar-se o respetivo estatuto aprovado pela Comissão de Proteção ao Idoso, Associação Regional do Norte, in [www.cpidoso.com](http://www.cpidoso.com).

<sup>23</sup> Raúl Guichard Alves, ob. cit., pag. III.

## 7. Considerações finais

A análise ainda que perfunctória do regime das incapacidades do nosso código civil faz ressaltar o seu desfasamento quer da realidade social quer do que vem sendo reconhecido na ordem jurídica internacional, suscitando mesmo sérias dúvidas a sua conformação constitucional. É imperioso criar um novo instituto, menos intrusivo e ablativo da capacidade, que comporte medidas mais flexíveis e personalizadas, e que contemple um domínio mais vasto de situações. Um instituto que em vez de declarar uma incapacidade vise aplicar uma medida de proteção a quem veja a sua capacidade diminuída.

Parafraseando o Conselheiro TOMÉ GOMES, na sua intervenção no Colóquio sobre os Cinquenta Anos do Código Civil: *'A adequação do regime das incapacidades seria a maior gratidão das gerações presentes à longevidade que nos foi dada pelas gerações passadas'*<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Na apresentação do tema *Regime Jurídico das Incapacidades: Presente e Futuro*.