

PROTEÇÃO DA AUTONOMIA NA INCAPACIDADE — NOVAS EXIGÊNCIAS AO REGIME JURÍDICO PORTUGUÊS

SOFIA MARQUES
FERNANDO VIEIRA

Resumo: partindo do fenómeno do envelhecimento da população, os autores assinalam os caracteres essenciais das ações de interdição e de inabilitação, incluindo as suas limitações como resposta a uma situação de incapacidade. Considerando que as alterações legislativas não acompanharam os avanços médicos, técnico-científicos e sociais que se têm verificado e não são suficientemente flexíveis para discriminarem diferentes graus de incapacidade, identificam os principais problemas do atual regime jurídico português nesta matéria. Por fim, apontam, para futuro, o caminho da alternativa menos restritiva e da criação de novas medidas, à semelhança do que tem acontecido em outros ordenamentos jurídicos, de modo a acolher as recomendações do Conselho de Europa e proporcionar um modelo justo e equilibrado de proteção, centrado não na incapacitação, mas antes na máxima preservação da autonomia e da capacidade.

Palavras-chave: envelhecimento; interdição; inabilitação; processos especiais; incapacidade; discapacidade; preservação da capacidade; autonomia; personalidade; alternativa menos restritiva.

1. INTRODUÇÃO

O envelhecimento da população representa um dos fenómenos demográficos mais preocupantes das sociedades modernas do século XXI. Em 2012, 1 em cada 9 pessoas no mundo tinha 60 ou mais anos de idade¹. Estima-se que este valor cresça para 1 em cada 5 pessoas em 2050, quando esta faixa etária alcançará um total de 2 bilhões¹. Portugal segue esta tendência e os dados definitivos do último Censos de 2011 revelam que 19% da população tinha 65 ou mais anos de idade². Este valor contrasta com os 8% verificados em 1960 e com os 16% da década anterior².

¹ In «Envelhecimento no século XXI: Celebração e Desafio. Resumo Executivo». Publicado pelo Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA), Nova York e HelpAge International, Londres, 2012. (disponível em: "https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Portuguese-Exec-Summary_0.pdf"; data da consulta: 2017-05-16).

² In Instituto Nacional de Estatística (2012): *Dados definitivos do Censos 2011*. (disponível em: "http://www.ine.pt/scripts/flex_definitivos/Main.html"; data da consulta: 2017-05-16).

Este fenómeno coloca desafios e problemas de âmbito socioeconómico, com impacto no desenho das políticas sociais e de sustentabilidade, bem como ao Direito, nomeadamente no que se refere ao regime jurídico das incapacidades. Isto porque o envelhecimento da população é acompanhado de um aumento do número de casos de doenças neurodegenerativas, com a consequente diminuição ou perda de capacidades. Nestes casos é comum que um elemento familiar, ou outra pessoa próxima, assuma, sem autorização para tal, a gestão financeira e dos interesses da pessoa em situação de incapacidade e atue em seu nome. Aliás, não é infrequente nestas situações haver mesmo alguma resistência à intervenção judicial. Apesar do intuito altruístico e utilidade socioeconómica desta atividade, ela não é autorizada, sendo assim, por princípio, ilícita³.

Como forma de resposta e proteção da pessoa incapaz e/ou com capacidade diminuída, o sistema jurídico português dispõe de dois tipos de ação especial: interdição/tutela e inabilitação/curatela.

2. A INTERDIÇÃO E A INABILITAÇÃO

A interdição e a inabilitação são institutos previstos nos artigos 138.º a 156.º do Código Civil e são decretados pelo Tribunal, no âmbito de um processo especial, estabelecido nos artigos 944.º a 958.º do Código de Processo Civil.

A interdição aplica-se a todos aqueles que por anomalia psíquica⁴, surdez-mudez ou cegueira se mostrem incapazes de governar suas pessoas e bens (artigo 138.º, n.º 1, do Código Civil). A interdição implica uma incapacidade geral de exercício de direitos e corresponde, por isso, ao paradigma da “medida total” em que está em causa uma anomalia psíquica que “aniquile a capacidade natural de querer ou entender”⁵. Na interdição, as causas têm de ser *incapacitantes* (isto é, “devem ser graves, em termos de tornarem a pessoa inapta para reger a sua própria pessoa e os seus bens”), *atuais* (ou seja, presentes no momento em que se pede a interdição) e *permanentes* (isto é, habituais ou, no dizer clínico, crónicas e de evolução prolongada), não significando isso que “seja incurável nem incompatível com a existência de momentos em que os seus efeitos não se verifiquem, os chamados intervalos lúcidos”⁶.

³ In Antunes Varela, João de Matos, *Das Obrigações em geral*, 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2006, Vol. I, p. 450.

⁴ Importa referir que este é um termo jurídico lato, amplamente utilizado no ordenamento jurídico português, que não apresenta sempre uma tradução clínica exata, mas que é suficientemente abrangente e flexível para incluir uma multiplicidade de psicopatologia (In Latas, António João e Vieira, Fernando, *Notas e Comentários à Lei de Saúde Mental*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004).

⁵ In Costa, Américo Campos, “Incapacidades e formas do seu suprimento — anteprojecto do Código Civil”, *Boletim dos Ministérios da Justiça*, n.º 111, Dezembro 1961, p. 197 e 198.

⁶ In Carvalho Fernandes, Luís A., *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Tomo I, p. 315 e 316.

A interdição por anomalia psíquica tem consequências diretas sobre “a capacidade de gozo quanto aos atos que não admitam representação”⁵, atingindo a esfera pessoal dos interditos. Na verdade, os interditos não podem casar (artigo 1601.º do Código Civil), perfilhar (artigo 1850.º do Código Civil), testar (artigo 2189.º do Código Civil), exercer o poder paternal (artigos 1913.º e 1914.º do Código Civil), não podem ser nomeados tutor (artigo 1933.º do Código Civil), vogal do conselho de família (artigo 1953.º, n.º 1, do Código Civil) ou administrador de bens (artigo 1970.º do Código Civil).

As limitações que resultam para o indivíduo do decretar da sua interdição são supridas pelo instituto da *tutela*, sendo pelo Tribunal nomeado um *tutor*, do qual o interdito tem uma relação de total dependência, numa lógica inspirada no modelo da incapacidade por menoridade (artigo 139.º do Código Civil). O tutor é o representante legal do interdito, investido em poderes gerais sobre a pessoa e o património do interdito⁷. O tutor deve exercer a tutela “com a diligência de um bom pai de família” (artigo 1935.º do Código Civil) e “cuidar especialmente da saúde do interdito, podendo para esse efeito alienar os bens deste, obtida a necessária autorização judicial” (artigo 145.º do Código Civil). A interdição pode não ser permanente, quando cessam as causas que a determinaram (artigo 151.º do Código Civil), embora raramente, na prática, sejam levantadas estas situações.

A curatela (e a inabilitação a ela associada) apresenta-se como uma medida mais flexível, para situações menos graves do que aquelas que determinam a interdição, determinando uma perda *limitada* da capacidade de exercício, que se pode cingir aos atos de disposição entre os vivos⁸. Aplica-se a indivíduos cuja anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, embora de carácter permanente, não seja de tal modo grave que justifique a sua interdição, assim como aqueles que, pela sua habitual prodigalidade ou pelo abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, se mostrem incapazes de reger convenientemente o seu património (artigo 152.º do Código Civil).

Porém, e se atendermos a uma interpretação extensiva do artigo 152.º do Código Civil, bem como do ponto de vista pericial, na inabilitação por anomalia psíquica, a incapacitação não se cinge necessariamente e exclusivamente ao âmbito patrimonial. De facto, e ainda que assim seja para aqueles com “*habitual prodigalidade ou pelo abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes*”, persistem as situações clínicas em que, como refere o Código Civil, a “*anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, embora de carácter permanente, não seja de tal modo grave que justifique a sua interdição*” e, assim, se verifique uma restrição dos seus direitos de personalidade para proteção da sua pessoa, mais do que os seus bens. Os inabilitados por anomalia psíquica não podem casar (artigo 1601.º do Código Civil), exercer

⁷ In Vítor, Paula Távora, *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 40.

⁸ In Vítor (nota 7), p. 47.

o poder paternal (artigo 1913.º do Código Civil), ser nomeados tutor (artigo 1933.º, n.º 1, do Código Civil), vogal do conselho de família (artigo 1953.º, n.º 1, do Código Civil) ou administrador de bens (artigo 1970.º do Código Civil).

As limitações que resultam para o indivíduo do decretar da sua inabilitação são supridas pelo instituto da *curatela*, sendo pelo Tribunal nomeado um *curador*, com o qual o inabilitado tem uma relação de subordinação específica, de acordo com o que for determinado na sentença. O curador fica incumbido de assistir o incapaz na prática de atos de disposição de bens entre vivos (artigo 153.º, n.º 1, do Código Civil), ou seja, é necessário o aval do curador na atuação do inabilitado. Está, contudo, prevista a possibilidade de concessão de poderes de representação no caso da administração do património (artigo 154.º do Código Civil).

A interdição e a inabilitação constituem as soluções apresentadas no ordenamento jurídico português para a administração do património das pessoas com capacidade diminuída por anomalia psíquica, são medidas implementadas com o propósito da proteção da pessoa incapaz que se encontram, porém, longe de proporcionarem uma boa resposta.

3. OS PROBLEMAS ENCONTRADOS NO ATUAL REGIME JURÍDICO PORTUGUÊS DAS INCAPACIDADES

Uma das dificuldades presentes nas ações especiais de interdição e inabilitação está relacionada com o seu modelo de funcionamento dicotómico, no qual a incapacidade⁹ é conceptualizada num “desequilíbrio de tudo-ou-nada”¹⁰. Esta dicotomia é excessivamente rígida para responder às atuais necessidades das pessoas com capacidade diminuída¹¹, desde logo se interpretarmos restritivamente no sentido de que a inabilitação se destina a proteger exclusivamente o património e a interdição a tutelar a incapacidade para gerir pessoa e bens. Embora esta conceptualização de incapacidade possa ser compreensível à luz do paradigma social vigente aquando da publicação do Código Civil Português¹² (DL n.º 47344/66, de 25 de novembro), a verdade

⁹ Salienta-se que o conceito de incapacidade empregue neste texto é exclusivamente jurídico e que não há uma correspondência imediata entre um diagnóstico clínico (da competência médica) e capacidade diminuída (da competência do Tribunal). Veja-se as advertências que a atual versão do Manual Diagnóstico e Estatístico das Perturbações Mentais (DSM-5) da Associação Psiquiátrica Americana faz a propósito do uso das suas categorias e critérios diagnósticos em contexto forense: “um diagnóstico particular não implica um nível específico de incapacidade ou dano.” (*In American Psychiatric Association: Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, 5.ª ed. Arlington, VA, American Psychiatric Association, 2013, p. 25) .

¹⁰ *In* Vítor (nota 7), p. 37.

¹¹ *In* Vieira, Fernando & Brissos, Sofia, «Um Olhar sobre a Cultura Judiciária na sua Intersecção com a Psiquiatria», *Julgar*, 2007, n.º 3, p. 56-57.

¹² Naquela época a sociedade era essencialmente fundiária, relacionada com os bens imóveis, ao contrário da sociedade atual, que é essencialmente mobiliária, centrada nos bens móveis,

é que as atualizações que têm, posteriormente, sido realizadas à legislação não acompanharam os avanços médicos, técnico-científicos e sociais e não são ainda suficientemente flexíveis para discriminarem diferentes graus de incapacidade. Assim, torna-se cada vez mais necessário incorporar medidas legais, adaptadas à nova realidade social, que possam maximizar a autonomia¹³ das pessoas com capacidade diminuída.

A evolução dos cuidados assistenciais em Medicina conduziu a uma mudança de paradigma no tratamento das doenças crónicas, em que muitas vezes não é possível a cura, sendo antes o objetivo do plano terapêutico centrado na *estabilização e reabilitação* dos doentes. Ora, uma das componentes da reabilitação na área da saúde mental é precisamente a promoção da *autonomia* dos indivíduos. Este aspeto é revestido de tal importância que justificou a sua inclusão no último Plano Nacional de Saúde Mental 2007-2016¹⁴, onde foi mesmo prevista a criação de residências de treino de autonomia¹⁵. A autonomia deve ser preservada mesmo em situações clínicas que implicam uma perda progressiva de capacidades¹⁶, como é o caso das demências (situação clínica frequentemente implicada nos processos de interdição e inabilitação). Uma das recomendações da Associação Americana de Demência de Alzheimer¹⁷ é justamente a conservação da autonomia, referindo mesmo que “é obrigatório proteger uma pessoa com demência das consequências gravemente nocivas (da sua doença), mas é igualmente obrigatório respeitar as suas decisões competentes”.

Ainda que a inabilitação determine uma perda *limitada* da capacidade¹⁸, por oposição à incapacitação *total* presente na interdição, e pareça assim

como a retribuição do trabalho e os depósitos bancários (*In* Sampaio, Maria Conceição Barbosa Carvalho, «Regime Jurídico das Incapacidades. Novo Instituto para a Proteção dos Idosos», *Julgar*, 2016, p. 17).

¹³ A autonomia consiste na capacidade de um indivíduo “deliberar sobre seus objetivos pessoais e de agir em direção a esta deliberação, considerando os valores morais do contexto no qual está inserido” (*In* Rodrigues de Almeida, Eduardo Henrique, «Dignidade, Autonomia do Paciente e Doença Mental», *Revista Bioética*, 2010; n.º 18 (2), p. 383). A autonomia está intimamente ligada à capacidade cognitiva do sujeito. Esta capacidade encontra-se comprometida, em grau variável, em diversas perturbações mentais, o que limita a autonomia dos indivíduos afetados. Contudo, mesmo nestas situações de acrescida vulnerabilidade é possível compreender e respeitar a sua autonomia (ainda que limitada).

¹⁴ De acordo com a Direção Geral de Saúde, o Plano Nacional de Saúde Mental foi, no decurso da avaliação, estendido até 2020, veja-se “<https://www.dgs.pt/em-destaque/plano-nacional-de-saude-revisao-e-extensao-a-2020-aprovada-pelo-governo.aspx>”.

¹⁵ *In* Resumo executivo do Plano Nacional de Saúde Mental 2007-2016, p. 22.

¹⁶ Tal aplica-se também ao envelhecimento populacional, onde se sabe que a qualidade de vida está intimamente ligada à autonomia (*In* Dutra de Abreu, Izabella; Forlenza, Orestes Vicente; Lauro de Barros, Hélio, « Demência de Alzheimer: correlação entre memória e autonomia», *Revista de Psiquiatria Clínica*, 2005, número 32, p. 135).

¹⁷ *In Ethical issues in Alzheimer Disease. Respect for Autonomy*. (Disponível em: “<http://www.alz.org>”; data da consulta: 2017-05-17).

¹⁸ Apesar da diferenciação entre os institutos da tutela e da curatela ter por finalidade proporcionar uma maior flexibilidade jurídica no Direito Português, na prática a distinção entre estas duas figuras revela-se complexa e não ausente de subjetividade. Atente-se que a legislação (artigo 152.º do Código Civil) defende a aplicação da medida da curatela, em

fazer uma aproximação às novas exigências¹⁹, ela surge demasiado centrada na proteção do património, mais do que na proteção global da pessoa incapaz e não é suficientemente “maleável” para discriminar diferentes níveis de autonomia e incapacidade. Esta diferenciação tem importância na medida em que uma pessoa com capacidade diminuída em razão de anomalia psíquica pode manter competência para determinadas decisões, por exemplo relacionadas com a gestão do seu dia-a-dia. Neste contexto, e reforçando a necessidade de respeitar a autonomia das pessoas com capacidade diminuída, a Associação Americana de Demência de Alzheimer²⁰ refere: “uma pessoa com Demência de Alzheimer pode não ter capacidade para conduzir, lidar com assuntos financeiros ou viver na comunidade de forma independente, mas pode ter ainda a capacidade de tomar decisões competentes sobre o seu local de residência e os seus cuidados médicos”. Esta manutenção de competências, apesar do compromisso cognitivo, está já de algum modo fundamentada cientificamente²¹, havendo evidência da perseveração do funcionamento emocional numa fase inicial da Demência de Alzheimer. Apesar do declínio cognitivo considerável, estes doentes mantêm, pelo menos numa fase inicial da doença, algumas funções cognitivas como a capacidade de regulação emocional, de reconhecimento da expressão facial e da memória emocional. Neste contexto emerge a questão: será que uma pessoa requerida num processo de interdição/inabilitação não poderá ter capacidade de decidir de forma competente sobre a nomeação de alguém *afetivamente próximo* que possa dela cuidar²²?

A evidência científica acima referida contrasta com as atuais limitações legislativas no domínio das incapacidades. A legislação, ao equiparar a incapacidade à menoridade, impossibilita a pessoa incapacitada de tomar decisões sobre a gestão de si próprio (no caso da interdição) e do seu património (no caso da interdição e inabilitação), ainda que possa ter, de um ponto de vista médico, competência para tomar algumas decisões sobre a gestão do seu quotidiano (por exemplo, escolher o local da sua residência ou os cuidados médicos que deseja receber). Igualmente, a pessoa interdita/inabilitada não tem direito a expressar a sua vontade na escolha do tutor/curador ou na definição das suas atribuições — ainda que para isso esteja, de um ponto de vista médico, de facto capaz —, ou, ainda, simplesmente, a escolher *afetiva-*

detrimento da tutela, em condições clinicamente indistintas (“*aplica-se a indivíduos cuja anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira (...)*”), diferenciadas unicamente pela sua gravidade no momento da avaliação (“*não seja de tal modo grave que justifique a sua interdição*”).

¹⁹ In Vítor (nota 7), p. 41.

²⁰ In *Ethical issues in Alzheimer Disease. Respect for Autonomy* (nota 16).

²¹ In Zhang, Fan; Ho, Yuan Wan; Fung, Helene. «Learning from Normal Aging: Preserved Emotional Functioning Facilitates Adaptation among Early Alzheimer’s Disease Patients». *Aging Disorders* 2015; número 6, p. 208-215.

²² A participação do sujeito incapaz na nomeação do seu tutor é já uma realidade em Espanha. Segundo o artigo 234.º do Código Civil Espanhol, a primeira pessoa a ser indicada como tutor é “*al designado por el propio tutelado*” (a pessoa nomeada pelo requerido).

mente e em consciência o seu local de residência. A participação do interdito é nula e do inabilitado substancialmente reduzida no que diz respeito à governação do seu dia-a-dia e, mesmo assim, sempre importará uma interpretação extensiva do instituto da inabilitação. Apesar do intuito protetor da tutela e da curatela, estas medidas na prática resultam numa excessiva limitação da vontade e autonomia dos indivíduos, de algum modo imposta pela ausência de medidas legislativas alternativas.

Além disso, muitas vezes após o decretar judicial da incapacidade assiste-se a uma suspensão da estimulação cognitiva e da reintegração social da pessoa interdita/inabilitada, havendo, conseqüentemente, uma deterioração do seu estado de saúde físico e mental²³. Por este motivo, é importante a correta aplicação da figura da tutela e da curatela e a criação de soluções alternativas que permitam um melhor enquadramento das situações em que a incapacidade não é (ainda) total e absoluta.

Outra crítica é a impossibilidade do exercício de autonomia prospetiva²⁴ na atual legislação. Não é possível, por exemplo, a um indivíduo a quem foi diagnosticado uma doença neurodegenerativa, e que vá por isso apresentar uma deterioração e perda progressiva de capacidades, manifestar-se antecipadamente e enquanto está, de um ponto de vista médico, plenamente capaz, sobre a nomeação de um futuro tutor/curador. Do mesmo modo, não é possível a uma pessoa interdita/inabilitada manifestar-se sobre a nomeação de um futuro procurador de cuidados de saúde. As diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, são um documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, *que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica*, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente (artigo 2.º da Lei n.º 25/2012, de 16 de julho). Esta privação de direitos e da expressão da vontade da pessoa com capacidade diminuída não promove a desejada estimulação cognitiva e reintegração social da pessoa interdita/inabilitada. Além disso, reforça a necessidade de reformular o atual regime jurídico português de modo a que possam ser criadas medidas que discriminem diferentes tipos de incapacidade e promovam a autonomia dos incapazes.

A não inclusão das situações em que a capacidade diminuída é transitória representa outras das dificuldades da atual legislação. Em muitas doenças mentais, inclusivamente em situações graves como a esquizofrenia ou a doença bipolar, observa-se um curso flutuante, com períodos de exacerbação, onde a capacidade de governar a sua pessoa e bens pode estar seriamente comprometida, e períodos de estabilização, onde a doença pode não interfe-

²³ In Vieira, Fernando & Brissos, Sofia (nota 11), p. 56-57.

²⁴ In Vítor (nota 7), p. 47.

rir decididamente e de um ponto de vista médico com a capacidade de gestão do próprio e seu património²⁵.

Existem ainda dificuldades relacionadas com o próprio processo das ações de interdição e inabilitação, pois, muitas vezes, os processos são excessivamente morosos e importam custos elevados aos seus intervenientes²⁶. Não podemos terminar sem expressar algo que nos preocupa, mas a que, face à subjetividade inerente, tememos desde o início aludir. É que a experiência pessoal tem-nos mostrado que surgem cada vez mais petições iniciais não suportadas por qualquer elemento clínico, elaboradas exclusivamente com base em *e-mails* enviados por instituições ou, por exemplo, na simples informação de que alguém se dirigiu com testemunhas para obter o seu Cartão de Cidadão. Passado o período de tempo em que, perante a escassez de propositura destas ações, quase todos os requeridos estavam — e vinham a ser considerados — efetivamente incapazes, vive-se agora um tempo em que muitas destas ações avançam com meras alegações, sem qualquer suporte ou indício médico-científico e, posteriormente, por inércia de todos os envolvidos, avançam com demasiada facilidade ou escassez de salvaguardas do alegadamente incapaz. Tendo sido abolido em 2013 o Interrogatório Judicial²⁷ em caso de não contestação — que pode efetivamente ser demasiado difícil para um cidadão médio, mesmo sem grave incapacidade —, a salvaguarda dos interesses do requerido pode estar ferida e dificultada. Isto é tanto mais verdade quando constatamos que nas diligências periciais é raro estarem presentes os advogados nomeados aos requeridos e nos hospitais se procura imprimir uma excessiva e inadequada celeridade, imposta por insistências meramente oficiosas pelas secções dos tribunais cíveis. Coloca-se, por isso, a dúvida se é possível garantir a adequada proteção da pessoa requerida num processo de interdição/inabilitação face a um cenário de exponencial crescimento de petições iniciais (esperado perante o aumento do índice de envelhecimento populacional) e subjacente aumento da necessidade de celeridade processual, isto num sistema em cujos recursos técnicos especializados não são ilimitados.

4. A SOLUÇÃO: A ALTERNATIVA MENOS RESTRITIVA E A CRIAÇÃO DE NOVAS MEDIDAS

No âmbito da proteção jurídica dos maiores incapazes destaca-se, entre outros instrumentos do Direito Internacional, a Recomendação do Conselho

²⁵ In Vieira, Fernando & Brissos, Sofia (nota 11), p. 56.

²⁶ In Pinheiro, Jorge Duarte, «As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres. Incapacidades e suprimimento — a visão do Jurista», *Julgar*, 2010, n.º 3, p. 465-480.

²⁷ In Paz, Margarida e Vieira, Fernando, «A supressão do interrogatório no processo de interdição: novos e diferentes incapazes? A complexidade da simplificação», *Revista do Ministério Público*, 2014, n.º 139, p. 61-109.

da Europa (99). Seguindo a Doutrina da Alternativa Menos Restritiva, este documento enuncia os seguintes princípios²⁸:

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

A finalidade desta Recomendação é unificar ou aproximar as práticas internas jurídicas de cada Estado Membro na matéria da proteção dos maiores incapazes.

Sem querer elaborar uma dissertação exaustiva sobre este documento, destacam-se, pela sua relevância para o propósito do presente trabalho, os princípios 2, 3, 5, 6, 8 e 9.

No princípio 2 (flexibilidade da resposta jurídica)²⁹ é recomendada a adoção de várias medidas (adotadas por uma autoridade judicial ou administrativa) e mecanismos (adotados pelo próprio ou outra pessoa destituída de funções judiciais ou administrativas) jurídicos que sejam simples e de baixo custo. Pretende-se que esta multiplicidade de instrumentos seja suficientemente flexível, de modo a permitir uma resposta jurídica apropriada aos diferentes graus da incapacidade, e que possa, por exemplo, contemplar situações limitadas a atos específicos ou a intervenções pontuais. É também preconizada a possibilidade de formas de representação conjunta, isto é, em que a pessoa incapaz seria representada por duas ou mais pessoas, ou existiria um “representante supletivo”, o que asseguraria uma proteção acrescida e o concurso de competências diferentes.

O princípio 3 (máxima preservação da capacidade)³⁰ estipula que as medidas a serem adotadas não devem conduzir, *per se* e *in totu*, à incapacidade jurídica, salvaguardando-se que tal possa ocorrer, exclusivamente, em casos *extremos*. A máxima preservação da capacidade implica, segundo este documento, a manutenção de certas decisões do campo pessoal, como a capacidade de votar, casar, testar, consentir ou recusar tratamento médico. Tais atos deverão depender da existência de capacidade aferida no *momento* da sua prática e por referência àquela *específica* decisão. O incapaz deve

²⁸ In Alves, Raúl Guichard, «Alguns Aspectos do Instituto da Interdição», *Julgar*, 2015, p. 109.

²⁹ In Alves, Raúl Guichard (nota 25), p. 110.

³⁰ In Alves, Raúl Guichard (nota 25), p. 111.

ser estimulado a agir por ele próprio, só atuando o representante dentro de atos específicos e por acordo de ambos.

Os princípios 5 (necessidade e subsidiariedade) e 6 (proporcionalidade) reforçam a doutrina da *alternativa menos restritiva*. Segundo estes princípios, a medida a ser tomada tem forçosamente de ser *necessária* para a proteção do maior e seus interesses e de ser *proporcionada* ao grau de incapacidade e às circunstâncias pessoais do incapaz e só deverá ser tomada na ausência de um outro mecanismo *menos formal* (como por exemplo, o suporte familiar)³¹.

Por último, os princípios 8 e 9 destacam a proeminência do interesse e do bem-estar do incapaz e o respeito dos seus desejos e sentimentos, o que pressupõe uma participação ativa do incapaz em todos os assuntos relevantes.

Ressalva-se que, ao longo de todo o documento, é incentivado o respeito pela autonomia do incapaz, no que se refere aos seus desejos, interesses e decisões (tanto no presente, como anteriormente), em prol do seu bem-estar e qualidade de vida. É mesmo recomendado o reconhecimento alargado das disposições tomadas por uma pessoa enquanto plenamente capaz, mesmo que isso implique uma reformulação do sistema jurídico nacional³². O reconhecimento alargado poderá incluir, por exemplo, a possibilidade de uma pessoa com uma perturbação mental (degenerativa ou não) nomear um futuro tutor/curador, num momento em que ainda preserva, do ponto de vista médico, a capacidade para fazê-lo.

Podemos constatar que a atual legislação portuguesa, seguindo o modelo “clássico” de proteção dos adultos com incapacidade³³, afasta-se, em larga medida, das recomendações internacionais promovidas pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa. O sistema jurídico português na matéria de incapacidade é demasiado rígido e impossibilita o exercício de autonomia em diversas matérias, inclusive de natureza pessoal (mesmo quando nos referimos a uma perda *limitada* da capacidade³⁴). A inexistência de medidas jurídicas alternativas que possam dar resposta às situações de incapacidade transitó-

³¹ In Alves, Raúl Guichard (nota 25), p. 111.

³² In Alves, Raúl Guichard (nota 25), p. 110.

³³ Segundo a divisão proposta por Geraldo Rocha Ribeiro (in Ribeiro, Geraldo Rocha, A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2010), os sistemas “clássicos” caracterizam-se pela declaração de incapacidade judicial e pela existência dos institutos da tutela e da curatela como meio de suprimimento desta.

³⁴ A exclusividade de incapacitação à esfera patrimonial na inabilitação é controversa. Se atendermos ao artigo 152.º do Código Civil, esta medida aplica-se somente à incapacidade “de reger convenientemente o seu património”. Porém o artigo seguinte faz referência a que “os inabilitados são assistidos por um curador, a cuja autorização estão sujeitos os atos de disposição de bens entre vivos e todos os que, em atenção às circunstâncias de cada caso, forem especificados na sentença”, colocando em aberto a possibilidade de haver restrições a um nível não estritamente patrimonial. Além disso, os incapacitados por anomalia psíquica veem-se privados da possibilidade de casar (artigo 1601.º do Código Civil) ou de exercer o poder paternal (artigos 1913.º do Código Civil), disposições que saem claramente da esfera patrimonial e se aproximam das restrições exigidas a uma medida *total*.

ria ou à ausência de capacidade somente para atos particulares inviabiliza o cumprimento das recomendações do Conselho de Europa, nomeadamente no que se refere à preservação máxima da autonomia e capacidade dos cidadãos maiores.

Também nos aspetos processuais, o atual regime de incapacidade apresenta incumprimentos face às recomendações internacionais. Em primeiro lugar, há a destacar a obrigatoriedade, após ser apresentada a petição inicial (segundo o artigo 892.º do Código do Processo Civil), de afixação de editais no Tribunal e na sede da Junta de Freguesia da residência do requerido, com menção do seu nome e do objeto da ação, e também de um anúncio num dos jornais mais lidos, com as mesmas indicações, na respetiva circunscrição judicial. Esta publicitação *generalizada e independente* da avaliação individual do caso é manifestamente contrária ao princípio 4 (publicidade adequada) da Recomendação do Conselho de Europa, além de que promove a estigmatização social dos incapazes. É compreensível que a necessidade de publicação se imponha por razões de segurança jurídica, mas de modo a salvaguardar o respeito pela privacidade individual é igualmente apropriado que se criem mecanismos próprios. A título de exemplo, salientamos o caso de Itália, onde a medida é publicitada num registo próprio, que para esse efeito foi criado, e também no assento de nascimento (artigo 405.º do Código Civil Italiano).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como é exemplificado ao longo do artigo, a atual legislação portuguesa, na matéria da proteção do cidadão maior incapaz, é claramente insuficiente para suprir as necessidades sociais atuais. Igualmente, afasta-se, em larga medida, das necessidades clínicas e da evolução dos conhecimentos científicos que, cada vez mais, reforçam a importância da estimulação da autonomia e competência das pessoas portadoras de uma anomalia psíquica.

É urgente seguir os passos de outros Estados-Membros³⁵ e reformular o ordenamento jurídico Português de modo a podermos acolher as recomen-

³⁵ Por exemplo, em França, além da figura da tutela e da curatela, existe a medida do “*sauvegarde de justice*”, que não afeta a capacidade de exercício do sujeito protegido (artigo 491-2, Code Civil, disponível em: “<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Frances-French-Civil-Code-english-version.pdf>”; data de acesso: 2017-06-08). Existe uma hierarquia entre estas medidas, pelo que a incapacitação total só pode ser adotada quando os institutos de *sauvegarde de justice* e de curatela não forem suficientes. O caso da Alemanha também é de salientar pela sua inovação, o qual aboliu a tutela de maiores, tendo-a substituído por um novo instituto — o acompanhamento (*Betreuung*). O acompanhamento (disponível em: “https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p6417”; acesso em: 2017-06-08) 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) e tem como efeito a designação de um ou mais “acompanhantes”, que estão incumbidos da prática dos atos necessários para cuidar dos assuntos da pessoa acompanhada (§ 1896 I e II, 1901 I).

dações do Conselho de Europa e proporcionar um justo e equilibrado modelo de proteção dos incapazes, centrado não na incapacitação, mas antes na máxima preservação da sua autonomia e capacidade.

Além disso, a designação do acompanhante não pode colidir com a vontade livre e esclarecida do adulto protegido (§ 1896 Ia) e a sugestão feita pelo indivíduo protegido de certa pessoa como acompanhante deve ser acolhida, exceto quando seja contrária ao seu interesse (§ 1897 IV).