

O MAIOR (DES)ACOMPANHADO E AS PERÍCIAS MÉDICO-LEGAIS

EMA CONDE
BRUNO TRANCAS
FERNANDO VIEIRA

Resumo: os autores propõem-se a abordar as principais alterações introduzidas pelo novo regime jurídico do maior acompanhado na prática pericial psiquiátrica e na elaboração do relatório médico-legal. Discorrem também sobre alguns dos maiores desafios encontrados no primeiro ano de vigência da nova legislação, avançando com alguns contributos para o aperfeiçoamento da prática pericial e para uma eventual revisão futura da legislação.

Palavras-chave: interdição/inabilitação; medidas de apoio à decisão; relatório médico-legal; psiquiatria.

Abstract: *the authors address the changes that new legal framework for supported decision making (maior acompanhado) introduced in the psychiatric forensic practice and on the medical forensic report. After over a year since the legal framework started its full effects, they report on the main challenges that we came upon and provide some hints towards improving forensic practice, while making some considerations for future changes to the law.*

Keywords: *guardianship; supported decision making; expertise and medical forensic report; psychiatry.*

INTRODUÇÃO*

Mais de um ano cumprido após a plena entrada em vigor do novo regime jurídico do maior acompanhado, impõe-se uma reflexão sobre as principais alterações e desafios que se fizeram sentir na prática pericial. Destas, destaque para as que envolveram o relatório médico-legal psiquiátrico, uma vez que este se constitui como um dos elementos fundamentais na cadeia de mudança legalmente instituída, quer pela exigência de acomodação ao espírito da actual reforma, quer pela importância dos juízos técnico-científicos que nele se condensam, porventura capazes de alterar o sentido da decisão do julgador.

* O texto observa a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990.

BREVES NOTAS SOBRE O REGIME CESSANTE

Para percebermos o que mudou, e porque mudou, importa transmitir algumas noções básicas sobre o regime jurídico cessante, sobretudo para realçar algumas das características que o tornaram perigosamente obsoleto, incapaz de se ajustar ao crescendo de transformações estruturais e sociais em curso¹.

Assim, de acordo com o pretérito regime jurídico de Interdição/Inabilitação, “*podem [podiam] ser interditados do exercício dos seus direitos todos aqueles que por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira se mostrem [mostrassem] incapazes de governar sua pessoa e bens*” (artigo 138.º do Código Civil, doravante CC). Nos termos da lei, o Interdito era equiparado a um menor, sendo-lhe pelo tribunal nomeado um tutor que passava a exercer funções de representação (*i.e.*, agia em vez do Interdito, dessa forma sendo responsável pelo exercício de todos os seus direitos e pelo cumprimento de todas as suas obrigações). Por outro lado, “*podem [podiam] ser inabilitados os indivíduos cuja anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, embora de carácter permanente, não seja [fosse] de tal modo grave que justifique [justificasse] a sua interdição, assim como aqueles que, pela sua habitual prodigalidade, ou pelo abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, se mostrem [mostrassem] incapazes de reger convenientemente seu património*” (artigo 152.º do CC). O tribunal nomeava então um curador, que passava a exercer funções de assistência (*i.e.*, actuava ao lado do Inabilitado para autorizar os seus actos). Tratava-se, portanto, de uma medida: *a*) mais benigna (menos restritiva dos direitos humanos fundamentais); *b*) mais maleável (de limites variáveis, consoante a sentença judicial). Tipicamente, a gestão do património era atribuída ao curador, com os restantes direitos a serem restringidos em função da incapacidade existente e de acordo com a sentença.

PRINCIPAIS CRÍTICAS AO REGIME CESSANTE

Ao longo dos últimos anos, foram-se intensificando as dúvidas quanto à pertinência, validade e adequação do antigo regime jurídico. Os seus críticos realçavam o claro desajuste face à nova realidade social e médica, com o envelhecimento da população (e a inversão da pirâmide etária) e com um crescendo de necessidades sociais e legais, por vezes até impostas por organismos estatais (*e.g.*, necessidade de assinar contrato para admissão em lar residencial, necessidade de representação legal para candidatura a apoios sociais). Lamentavam ainda a dicotomia dos institutos Interdição e Inabilitação, cuja rigidez impedia a preservação de espaços de capacidade, mas, sobretudo,

¹ MARQUES, Sofia e VIEIRA, Fernando, “Protecção da Autonomia na incapacidade — novas exigências ao regime jurídico português”, *Julgár*, n.º 34 (Janeiro-Abril), 2018, 61-72.

criticavam a tendência à generalização das incapacidades totais e o recurso a modelos de substituição de vontade, quando as soluções de assistência se mostravam superiores, evitando uma estigmatização social nefasta e lesiva dos direitos fundamentais (e.g., em 2017 existiram 4033 acções especiais de interdição, *versus* 304 de inabilitação). Este problema tornava-se ainda mais gravoso pela reconhecida tendência à irreversibilidade da limitação jurídica, com os pedidos de levantamento (que ofereciam a possibilidade de rever e alterar a sentença) a serem apenas residuais.

DA TEORIA À PRÁTICA — ANÁLISE CRÍTICA DE PROCESSOS DE LEVANTAMENTO

A propósito de uma das principais críticas apontadas ao regime pretérito, designadamente a tendência à imutabilidade da decisão inicial pela interdição ou inabilitação, os autores realizaram, em 2015, um estudo de investigação que visava apurar o resultado dos 43 processos de levantamento de interdição-inabilitação que haviam sido iniciados no período compreendido entre 2010-2015 (de um universo de 12576 processos de Interdição e de 1008 processos de Inabilitação)².

Neste contexto, os autores consultaram a estatística da Direcção-Geral da Política de Justiça (DGPJ) para determinar o número total de processos em causa. No sentido de concretizar a análise dos mesmos, endereçaram pedido de colaboração ao Presidente do Conselho Superior de Magistratura (CSM) que, depois de avaliada sua pertinência e exequibilidade, o difundiu por todos os juízes presidentes dos tribunais judiciais das comarcas. Os autores obtiveram resposta positiva relativamente à existência de processos desta natureza em apenas 5 das 23 comarcas, num total de 6 processos passíveis de integrar o estudo. Identificados os processos, e obtidas as respectivas autorizações por parte dos seus juízes titulares, foram os mesmos consultados nos tribunais de origem (Leiria, Lisboa, Porto Este, Viana do Castelo e Viseu).

Do ponto de vista médico-legal percebeu-se que, dos processos originais, resultaram 4 sentenças de interdição e 2 sentenças de inabilitação. Nos processos de levantamento, instaurados em média 8 anos depois, as sentenças indicavam agora que apenas 1 dos casos se mantinha alvo de interdição, com os restantes a ficarem inabilitados (n=3) ou livres de qualquer restrição (n=2).

Da avaliação das sentenças e das perícias médico-legais em ambos os momentos — a acção especial propriamente dita (principal) e a de levantamento — foram claras as lacunas identificadas nos relatórios periciais psiquiátricos. Destacou-se a escassez de informação colateral sobre a gravidade e irreversibilidade do quadro diagnosticado e sobre o efectivo grau de incapa-

² CONDE, Ema, TRANCAS, Bruno e VIEIRA, Fernando, “Revisitar processos, redefinir direitos: processos de levantamento de interdição-inabilitação (2010-2015)”, *Psilogos*, n.º 14 (2018), 8-22.

cidade dos examinados uma vez que, em termos científico-académicos e da doutrina do direito, nenhum diagnóstico, por mais grave que seja, faz prova imediata de incapacidade civil total, não bastando, pois, que um relatório mencione um diagnóstico de esquizofrenia ou de atraso mental para que a presença de pressupostos médico-legais de interdição se evidencie. Identificou-se ainda a existência de relações familiares marcadamente disfuncionais — porventura não detectadas na perícia inicial — que, quando modificadas, resultavam na melhoria da capacidade efectiva e na possibilidade de levantamento do instituto original. Percebeu-se também o efeito benéfico do apoio especializado, sustentado e dirigido à patologia, com repercussão no grau de funcionamento do requerido e consequente alteração da sua sentença no sentido da maior autonomia (tornando evidente a necessidade de, no relatório pericial, se estabelecerem recomendações terapêuticas e de reabilitação com vista à recuperação da autonomia decisional do indivíduo).

A discrepância entre os dados da DGPJ e os fornecidos através da colaboração com o CSM fez com que, ao contrário do objectivo inicial, os autores se focassem apenas numa amostra dos casos, o que limitou a generalização das conclusões (acesso a apenas 6 processos de um total de 43). Ainda assim, à data — 2016 — os autores acreditavam na necessidade de rever a legislação e os instrumentos de protecção do maior incapaz, secundando os analistas que defendiam soluções individualizadas mais centradas no apoio e na defesa da cidadania inclusiva e que, nesse sentido, consideravam imperioso flexibilizar as medidas restritivas e promover a sua revisão temporal.

PRINCIPAIS MOTIVAÇÕES PARA A MUDANÇA NA LEGISLAÇÃO

A par das fragilidades apuradas no anterior regime, previamente elencadas, também as mudanças socioculturais contribuíram decisivamente para a imperiosidade da mudança na legislação, nomeadamente ao priorizarem a preservação dos espaços de capacidade, *i.e.*, a liberdade do maior acompanhado para determinados actos pessoais desde que devida e suficientemente capacitado para tal. De facto, uma escolha ou decisão de um requerido, ainda que podendo não ser totalmente racional, pode ainda assim ser afectivamente compreensível e “emocionalmente inteligente”. É que o coração pode ter razões que a razão desconhece, sendo a exemplo disso frequente ouvir, em contexto de audiência, frases como: “*eu posso já não saber contar, mas ainda sei muito bem quem é que gosta de mim*”. Com efeito, algumas associações científicas, como por exemplo a Sociedade Norte-Americana de Alzheimer, recomendam mesmo que aqueles que sejam diagnosticados com demência tomem, desde logo e tão rápido quanto possível, as suas decisões legais e financeiras, entre outras³.

³ ALZHEIMER'S ASSOCIATION, *Plan for your future* (<https://www.alz.org/help-support/i-have-alz/plan-for-your-future>), acesso a 15/01/2020.

O *primum movens* da mudança legislativa foi, ainda assim e sem margem para dúvidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência — designada Convenção de Nova Iorque (cf. Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, DR n.º 146/2009, Série I, de 30/07/2009; doravante, CDPD). A CDPD teve como principal objectivo instigar uma mudança de paradigma no domínio da relação da pessoa com incapacidade e a sociedade como um todo. Para tal, propunha o afastamento de um espírito de protecção (tipicamente paternalista, tendendo para a coarctação de direitos) e pugnar por um novo paradigma de máxima efectivação de direitos fundamentais e de capacitação das pessoas com incapacidade. Nas palavras da OMS, o objectivo é “*modificar atitudes (...) para com as pessoas com discapacidades [disabilities]*” pretendendo afastar-se da perspectiva em que estas são vistas “*como um objecto sujeito a caridade, tratamento médico e protecção social*” para outra, em que estas são “*sujeitos com direitos, que são capazes de reclamar para si esses direitos e tomar decisões sobre as suas vidas baseadas no seu consentimento livre e informado*”, mantendo-se assim “*membros activos da sociedade*” [tradução livre dos autores]⁴. Assim, e de forma simplificada, o espírito da Convenção aproxima-se mais das medidas de assistência (destinadas a ajudar na decisão e na formação da vontade) em detrimento das medidas puras de substituição da vontade. O objectivo é, segundo Antonio Legerén-Molina e colaboradores, “*proteger sem incapacitar*”, ao invés de incapacitar para proteger⁵.

Especialmente relevante para a apreciação da problemática médico-legal que poderemos encontrar nos exames periciais psiquiátricos surgem dois artigos da CDPD, o 12.º (“Reconhecimento igual perante a lei”) e o 14.º (“Liberdade e segurança da pessoa”). O artigo 12.º da CDPD sublinha a existência de capacidade jurídica em igualdade com os restantes cidadãos, bem como a necessidade das eventuais medidas restritivas serem sempre adequadas, proporcionais, passíveis de reavaliação e aplicadas pelo menor período de tempo. O artigo 14.º da CDPD, por seu turno, será importante para análise do actual artigo 148.º do CC (Internamento) e, provavelmente, terá implicações na Lei n.º 36/98, de 24 de Julho (Lei de Saúde Mental), face a relevar para um novo entendimento — não consensual e sujeito a múltiplas dúvidas e críticas entre os psiquiatras — a propósito da legitimidade para aplicar tratamentos compulsivamente⁶.

A necessidade de mudança do regime jurídico resultou, assim, não só da necessidade de respeitar o espírito, mas também a letra da CDPD, uma

⁴ UNITED NATIONS, *Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (CRPD) (<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>), acesso a 03/01/2020.

⁵ ROVIRA-SUEIRO, Maria E. e LEGERÉN-MOLINA, Antonio, *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

⁶ SZMUKLER, George, “Capacity”, “Best Interests”, “Will and Preferences” and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *World Psychiatry: Official Journal of the World Psychiatric Association (WPA)*, 18.1 (2019), 34-41.

vez que algumas das suas normas seriam auto-suficientes e, porventura, conflituariam com a lei em vigor.

BREVES NOTAS SOBRE O REGIME ACTUAL

Foi neste contexto que surgiu o regime jurídico do maior acompanhado, criado pela Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, e que viria a entrar em pleno vigor a 10 de Fevereiro de 2019.

O novo instituto vê os seus pressupostos significativamente modificados. Assim, o artigo 135.º do CC (Acompanhamento) dita que “[o] maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer plena, pessoal e conscientemente os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas no Código Civil”. Cessa, assim, a remissão ao conceito de anomalia psíquica.

Resumidamente, as medidas de acompanhamento devem ser sempre excepcionais e supletivas (*i.e.*, não se aplicarão se o problema concreto puder ser resolvido, por exemplo, pela outorga de uma procuração ou pelo simples dever auxílio e cooperação entre familiares), assim como proporcionais e focadas no estritamente necessário, visando não só o exercício dos direitos/deveres, mas também a necessidade de assegurar o bem-estar e a recuperação do beneficiário [artigos 140.º (Objectivo e supletividade) e 145.º, n.º 1 (“O acompanhamento limita-se ao necessário”) do CC]. Um exemplo com que nos deparámos já foi o de uma senhora idosa com défice cognitivo ligeiro a moderado, que vivia há décadas numa instituição de tipo residencial e que informou logo no início da avaliação pericial que não pretendia ser interdita “como as minhas amigas foram” (*sic*), afirmando que outorgaria de bom grado uma procuração aos técnicos da instituição para que estes gerissem o dinheiro da sua reforma, uma vez que reconhecia algumas dificuldades em fazê-lo por si, como em concreto soube especificar.

PRINCIPAIS DIFERENÇAS FACE AO REGIME CESSANTE

O novo regime jurídico do Maior Acompanhado contempla mudanças substanciais no espírito, nos pressupostos clínicos, na marcha do processo judicial e na temporalidade das decisões transitadas em julgado. De facto, e nas palavras do juiz Joaquim Correia Gomes, com a nova legislação pretende dar-se “*primazia dos modelos de apoio em detrimento dos modelos de substituição [visando] assegurar os direitos, as vontades e preferências da pessoa discapacitada, em vez dos melhores interesses desta*”⁷.

⁷ CORREIA GOMES, Joaquim, “Autonomia e (In)capacidades: passado, presente e futuro”, *in* *Autonomia e Capacitação Os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, Porto: Centro de Investigação Jurídico-Económica, 2018, pp. 45-70.

Ainda que de forma muito simplificada, podemos apontar como mudanças principais as seguintes: *a)* o pressuposto médico-legal muda de “*anomia psíquica*” para “*razões de saúde, deficiência e comportamento*”; *b)* o beneficiário tem a possibilidade de requerer a acção e de escolher o seu acompanhante (essa é, pelo menos, a regra); *c)* o requerimento inicial (antes, petição inicial) deve conter não só os factos alegados como também a(s) medida(s) de acompanhamento propostas e o(s) acompanhante(s) a designar; *d)* as medidas de acompanhamento apresentam maior amplitude e maior flexibilidade, exigindo-se a sua personalização e adequação às concretas áreas de incapacidade (o designado “*fato à medida*”⁸, por oposição às soluções por pacote); *e)* podem ser designados vários acompanhantes, para diferentes funções; *f)* desaparece a limitação automática à capacidade de testemunhar; *g)* o processo judicial passa a ter natureza urgente e ausência de custas; *h)* a publicidade passa a ser mais restrita, sendo decidida casuisticamente; *i)* regressa o “*interrogatório judicial*” obrigatório, agora renomeado como “*audição directa e pessoal*”; *j)* a realização do relatório pericial (ou seja, a perícia médica psiquiátrica) passa a ser opcional, apenas se realizando por determinação judicial; *l)* deixam de existir medidas definitivas, impondo-se a revisão obrigatória, no mínimo, a cada 5 anos; *m)* a colocação dos beneficiários em instituição (“Internamento”) requer autorização ou ratificação judicial. Em teoria, as alterações introduzidas pela legislação vieram garantir uma maior capacitação do beneficiário, através de um processo que se pretende mais garantístico.

PRINCIPAIS MUDANÇAS PARA O PERITO PSQUIATRA

No que concerne à prática pericial, importa discorrer sobre o que se alterou de forma mais significativa.

1. Os pressupostos médico-legais

Relativamente aos pressupostos médico-legais, vertidos no artigo 138.º do CC, verificamos que desaparece o conceito normativo de anomia psíquica, expressão de uso generalizado no ordenamento jurídico e de uso comum na prática pericial forense (e que nela se manterá noutras áreas periciais). Ao invés, é introduzida outra delimitação conceptual de quem poderia ser eventualmente abrangido: aqueles relativamente a quem fossem evidenciadas “*razões de saúde, deficiência*” ou “*comportamento*”.

Que situações poderão ser incluídas nesta nova definição? No que diz respeito às “*razões de saúde*”, que na verdade se podem equivaler a situações de doença ou de perturbação do desenvolvimento, estas continuarão as ser

⁸ PINTO MONTEIRO, António, “Das Incapacidades ao Maior Acompanhado — Breve apresentação da Lei n.º 49/2018”, *Pensar — Revista de Ciências Jurídicas*, 24.2 (2019), 1-11.

as mesmas que já eram incluídas na anomalia psíquica, devendo o perito psiquiatra fazer referência aos diagnósticos existentes nas classificações oficiais internacionais de doença (e.g., a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, produzida pela Organização Mundial de Saúde⁹, ou a *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, produzido pela Associação Americana de Psiquiatria¹⁰) ou, ainda, aos diagnósticos disponibilizados em qualquer outra classificação que encontre aceitação nas *leges artis*. Atendendo agora às “razões de deficiência”, entendemos que estas já se encontram em grande medida representadas nas razões de saúde, ainda que se possa adicionalmente recorrer a classificações de funcionalidade para melhor aferir este domínio, como a *International Classification of Functioning, Disability and Health*, também da OMS¹¹. Para além da definição médica de deficiência, encontramos ainda — no nosso próprio ordenamento jurídico — definições operacionais de deficiência. Quer a Lei n.º 38/2004, de 18 de Agosto (que define as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência), quer o Decreto-Lei n.º 126-A/2017, de 6 de Outubro (que cria a Prestação Social para a Inclusão), apresentam definições operacionais que são muito similares entre si: “(...) Considera-se pessoa com deficiência aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de funções ou de estruturas do corpo, incluindo as funções psicológicas, apresente dificuldades específicas susceptíveis de, em conjugação com os factores do meio, lhe limitar ou dificultar a actividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas”. Esta definição permite — numa interpretação médica — a inclusão de um leque de situações muito vasto (e.g., incapacidades intelectuais congénitas ou adquiridas na infância, doenças mentais crónicas que evoluem com progressiva deterioração cognitiva como a esquizofrenia e a perturbação afectiva bipolar, défices cognitivos adquiridos tardiamente como os défices cognitivos ligeiros, as síndromes demenciais, entre muitos outros...). Assim, cremos que intencionalmente, esta definição não pretende deixar ninguém com algum tipo de deficiência ou incapacidade de fora dos respectivos programas de apoio. Ainda que efectivamente tenhamos dúvidas operacionais sobre o valor de distinguir razões de saúde e razões de deficiência, percebemos que estes dois pressupostos permitem incluir um vasto leque de situações. A introdução do pressuposto “deficiência” poderá aqui dever-se mais a um (justo) sinal político ao individualizar este tipo de situações do que a uma real necessidade operacional, pelo menos no que aos psiquiatras diz respeito. Por último, surgem as razões de “comportamento”, nomenclatura que se arrisca a introduzir alguma entropia na avaliação pericial que se quer eminen-

⁹ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *ICD-10: The ICD-10 Classification of Mental and Behavioural Disorders: Clinical Descriptions and Diagnostic Guidelines*, World Health Organization, 1992.

¹⁰ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, 5th Edition: DSM-5*, Washington: American Psychiatric Publishing, 2013.

¹¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *International Classification of Functioning, Disability and Health*, Geneva: World Health Organization, 2001.

temente científica. Ainda que compreendamos que a intenção deste termo pudesse ser fazer referência às situações que no regime anterior eram incluídas na “*prodigalidade, ou pelo abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes*”, efectivamente tal parece revelar-se medicamente desnecessário, pois tais quadros já seriam previstos nas razões de saúde. De resto, as razões de “*comportamento*”, que não surgem tipificadas no novo regime, são de tal forma vastas que em bom rigor dificilmente se enquadram numa definição. É que, fora das alterações do comportamento secundárias a perturbações mentais ou deficiências, as possibilidades são infindáveis e muitas residirão porventura fora das competências periciais psiquiátricas. Assim sendo, o que dizer dos vulgares “maus feitos” ou mesmo das pessoas afectas de perturbação de personalidade — independentemente da discussão e controvérsia de contextualizarem psicopatologia ou não — que decidirem, em consciência, não “cumprir os seus deveres”? Que dizer, por exemplo, dos apaixonados que gastam todo o seu salário em flores e que optam por não cumprir obrigações profissionais (contratuais) para irem ter com as suas recentes paixões?

Não basta, contudo, que o putativo beneficiário possa ser enquadrado numa destas “razões”. Terá que ser demonstrado que é em consequência daquelas que os requeridos deixam de ser capazes para exercer (plena, pessoal e conscientemente) os seus direitos e cumprir os seus deveres.

Não basta, também, que se evidencie uma “razão” e que por essa razão haja impacto no exercício dos direitos ou no cumprimento dos deveres. O legislador introduziu outra condicionante: o putativo beneficiário tem de estar “*impossibilitado*” de o fazer. Assim, não é por simplesmente lhe ser difícil, penoso, desconfortável ou não prioritário, terá de ser mesmo impossível para este sujeito concreto. Ora, acreditamos que a impossibilidade se referirá ao mundo concreto e real do sujeito e não a um mundo ideal, porquanto é facilmente entendível que variações do meio (como o tipo de serviços de saúde e de apoio existentes) podem influenciar a expressão de uma doença ou deficiência. Mas, mesmo no mundo concreto, há situações de aparente impossibilidade que podem ser alvo de modificação. Imaginemos que o perito é chamado a avaliar um doente com perturbação mental crónica com défice cognitivo e, durante o exame pericial, se apercebe que a pessoa não beneficiou da totalidade dos tratamentos disponíveis e medicamente indicados e que, porventura, se tal fosse feito, existiria uma margem de recuperação adicional da capacidade? Ou que um homem idoso com síndrome demencial em evolução, institucionalizado em lar, se apresenta em exame pericial sujeito a um esquema terapêutico que lhe reduz, enquanto efeitos acessórios, as capacidades de atenção e concentração? Nesses casos, entendemos que o perito deve suspender a realização do exame pericial e informar o tribunal, agilizando-se as medidas necessárias para obter o tratamento indicado ou remover o desnecessário e eventualmente prejudicial, desde que tal seja possível e a delonga não faça perigar o beneficiário (sendo certo que o tribunal poderá sempre aplicar medidas provisórias); nesta circunstância, o exame pericial prosseguiria em data ulterior.

2. A atenção redobrada ao requerimento inicial

Um dos elementos processuais que sofreram mudanças significativas foi a petição inicial, agora designada de requerimento inicial (artigo 892.º do Código de Processo Civil, doravante CPC). Assim: “[n]o *requerimento inicial*, deve o requerente, além do mais: a) alegar os factos que fundamentam a sua legitimidade e que justificam a protecção do maior através de acompanhamento; b) requerer a medida ou medidas de acompanhamento que considere adequadas; c) indicar quem deve ser o acompanhante e, se for caso disso, a composição do conselho de família; d) indicar a publicidade a dar à decisão final; e) juntar elementos que indiciem a situação clínica alegada”.

Para o perito importa atentar — para além dos elementos clínicos anexados — aos factos alegados, pois eles irão guiar a avaliação pericial e fornecer orientação para as capacidades concretas a que o perito deverá estar mais atento. O facto de o proponente vir agora solicitar, logo no requerimento inicial, a medida ou medidas de acompanhamento que considera adequadas, fornece um balizamento ao perito, que — em nosso entendimento — terá de se pronunciar sobre se as medidas solicitadas são medico-legalmente adequadas à extensão da incapacidade que apurou.

3. O conteúdo do relatório pericial

Por paradoxal que pareça, não nos é totalmente claro se o teor do relatório médico-legal deve permanecer sem alterações significativas, ou se, pelo contrário, devem existir mudanças profundas. É que se o conteúdo descritivo que se reporta à efectiva incapacidade civil tem de permanecer igual pela natureza dos autos e pela exigida análise da mesma realidade cognitiva em causa, por outro lado e como acabámos de esclarecer, a perspectiva global mudou substancialmente.

Podemos afirmar que, em rigor, o conteúdo obrigatório do relatório pericial não sofre modificações muito significativas nos termos precisos e exactos do legislador. Assim, o artigo 899.º do CPC dita que: “1 — Quando determinado pelo juiz, o perito ou os peritos elaboram um relatório que precise, sempre que possível: a afecção de que sofre o beneficiário [que poderá corresponder à “espécie de incapacidade” do antigo regime]; as suas consequências [que poderá ter relação com “a extensão da sua incapacidade” do antigo regime, ainda que não seja equivalente]; a data provável do seu início; os meios de apoio e de tratamento aconselháveis.”. De forma análoga ao regime que substituiu, o juiz poderá, em caso de dúvida, “autorizar o exame numa clínica da especialidade, com internamento nunca superior a um mês e sob responsabilidade do director respectivo, ou ordenar quaisquer outras diligências”. Pese embora o legalmente previsto pelo artigo 899.º do CPC, tem sido muito frequente — via quesitos adicionais — que o perito tenha que esclarecer outras dúvidas do tribunal (e.g., capacidade exercer determinados direitos; se as medidas de acompanhamento propostas são adequadas à

incapacidade apurada no exame; se o beneficiário tem capacidade para compreender o conceito de acompanhante ou capacidade para perceber e participar em diligências judiciais, entre muitos outros...). São estes quesitos adicionais que amiúde geram dúvidas importantes no trabalho pericial, como adiante veremos.

Ainda sobre o conteúdo do relatório, cremos ter relevância abordar o artigo 155.º do CC (Revisão Periódica), que determina que o *“tribunal revê as medidas de acompanhamento em vigor de acordo com a periodicidade que constar da sentença e, no mínimo, de cinco em cinco anos”*. Este imperativo, até decorrente da própria Convenção de Nova Iorque, faz com que seja particularmente útil ao tribunal saber da eventual reversibilidade (mesmo que parcial) e da evolução previsível da afecção, pois tal pode relevar para a determinação da data da próxima revisão, sendo que esta matéria sim, pode e deve ser questionada ao perito. Outro elemento que eventualmente poderá constar no exame pericial prende-se com a informação sobre se o beneficiário conhece ou é visitado pelo acompanhante proposto, porquanto o artigo 146.º do CC (Cuidado e Diligência) determina que *“o acompanhante mantém um contacto permanente com o acompanhado, devendo visitá-lo, no mínimo, com uma periodicidade mensal, ou outra periodicidade que o tribunal considere adequada”*.

Concluindo, entendemos que o relatório médico-legal tem necessariamente de incluir os conteúdos obrigatórios (artigo 899.º do CPC) e deverá ainda incluir informação (sempre que possível) sobre a evolução previsível da afecção (no fundo, o prognóstico) e, conseqüentemente, sobre a pertinência de reavaliação antes do período de 5 anos (especialmente nos casos onde possa existir recuperação ou treino de competências) bem como, eventualmente, sobre se o examinando conhece a pessoa proposta para acompanhante e se é visitado por esta. Acrescem a estes pontos todos os quesitos adicionais aos quais seja cientificamente possível dar resposta, excluindo juízos valorativos ou pronúncia sobre quais os direitos concretos cujo exercício deve ser coarctado ao beneficiário e acometidos ao acompanhante (que, como veremos, amiúde se localizam fora do âmbito técnico-científico, devendo o perito pronunciar-se apenas, quando possível, a propósito da capacidade).

4. A não obrigatoriedade do exame/relatório pericial

A conjugação do previsto no n.º 1 do artigo 899.º do CPC (*“1 — Quando determinado pelo juiz, o perito ou os peritos elaboram um relatório...”*) com o previsto no n.º 1 do artigo 897.º do CPC (*“1 — Findos os articulados, o juiz analisa os elementos juntos pelas partes, pronuncia-se sobre a prova por elas requerida e ordena as diligências que considere convenientes, podendo, designadamente, nomear um ou vários peritos.”*) e ainda do n.º 2 do artigo 898.º do CPC (*“2 — As questões são colocadas pelo juiz, com a assistência do requerente, dos representantes do beneficiário e do perito ou peritos, quando nomeados, podendo qualquer dos presentes sugerir a formulação de*

perguntas.”) faz com que seja efectivamente possível dispensar a presença do perito no processo ou a elaboração do respectivo relatório pericial. Dito de outra forma, o exame pericial tornou-se não obrigatório. A formulação actual permite também que sejam nomeados vários peritos, presumindo-se aqui que tal venha a ocorrer nas situações de especial complexidade, algo que já se encontrava previsto no artigo 468.º do CPC. Estamos ainda em crer que, quando a Lei se reporta a “*peritos*”, esta designação vise abranger vários saberes distintos e, porventura, permitir perícias multidisciplinares (integrando, por exemplo, psiquiatras, neurologistas e/ou psicólogos) ou perícias com vários clínicos com a mesma especialidade médica, nomeadamente a Psiquiatria.

Se bem que se compreenda o intuito do legislador ao prever a possibilidade de dispensa de relatório pericial, desde logo em prol da exigida celeridade processual, parece-nos que tal dispensa surge em contradição com a maior complexidade e exigência de todo o processo (incluindo pericial), até porque se pretende a delimitação com traços mais finos das áreas de incapacidade. Naturalmente que só a prática concreta nos tribunais informará do uso desta faculdade, mas a percepção que temos tido neste primeiro ano de trabalho é que na maioria dos casos a perícia tem sido solicitada. Admitimos como mais provável a dispensa aquando da reavaliação periódica, sobretudo quando não for previsível recuperação ou não seja trazida ao processo ou evidenciada na audição pessoal tal cenário. Entendemos, também, que num conjunto limitado de situações tal deverá mesmo suceder, nomeadamente em quadros de incapacidade extrema em que é evidente a qualquer cidadão médio, não possuidor de conhecimentos técnicos especiais, que a incapacidade grave existe. Nestes casos dispensar-se-á não só a perícia, mas, sobretudo, o sofrimento que eventualmente este procedimento poderia causar nos familiares do beneficiário, obrigando-os — na colheita da anamnese e na observação — a reviver memórias emocionalmente angustiantes ou a tornar mais evidentes incapacidades que a todos são óbvias. Nestes casos, muito escassos, diríamos que o imperativo ético tenderá para a dispensa da perícia.

PRINCIPAIS DESAFIOS NA PRÁTICA PERICIAL

A mudança na legislação acarretou uma série de desafios práticos e éticos para o médico psiquiatra, principalmente quando no papel de perito, mas também quando no papel de médico assistente. Ainda que algumas das dificuldades discutidas abaixo possam já ter sido ultrapassadas — ao menos no contexto de actuação dos autores — importa discorrer sobre elas, por se desconhecer se tal será a realidade em todo o país.

Um dos primeiros e maiores desafios foi a dificuldade de articulação com os tribunais. Numa fase inicial da implementação da nova legislação, pretendia-se — por exigência do texto legal — que (“*quando nomeado*”) o perito psiquiatra acompanhasse o juiz aquando da audição directa e pessoal (para tal determinando data e local do exame pericial). Ora, a actividade pericial tendia

a colidir com a actividade assistencial agendada (em particular nos exames distribuídos aos serviços oficiais de saúde) o que gerava dificuldade na resposta. Uma das soluções encontradas foi a desarticulação entre a audição directa e a avaliação pericial psiquiátrica, que passou a ser frequentemente realizada nas instalações dos serviços oficiais ou no domicílio do examinando (sempre que a sua situação clínica assim o exigisse). Esta alternativa continua a não ser, no entanto, perfeita, pelo natural desfasamento entre o que é considerado processualmente urgente e o que é *de facto* medicamente urgente — quando tudo é urgente, nada é urgente — verificando-se uma tendência global para a secundarização da actividade pericial face ao crescimento da actividade assistencial, que se mantém como função essencial dos serviços de psiquiatria e que tende a ser privilegiada (até pelo eventual resultado danoso da omissão ou atraso de cuidados, o que poderia suceder se o perito fosse notificado para hora e dia que colidisse com a actividade clínica). Neste contexto, outras soluções surgiram para aliviar o fluxo de pedidos do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, I. P. (INMLCF) aos serviços oficiais, com implicações que se discutem mais abaixo.

Acresce que, quanto mais apertados forem os prazos, maior o risco de dispensa de exames complementares de diagnóstico. Tal poderá ser especialmente gravoso em situações de capacidade limítrofe, uma vez que, perante a necessidade urgente de uma resposta e sob pressão judicial, é compreensível (embora não necessariamente aceitável) que o perito adopte uma atitude mais cautelosa e paternalista, geralmente equivalendo a maior restrição dos direitos do que a devida pelos efeitos da afecção em causa.

Outra dificuldade pragmática prende-se com o tempo necessário para realizar a diligência pericial, actualmente mais exigente em termos de análise dos pressupostos. Numa fase inicial da implementação do novo regime legal, alguns tribunais agendavam audições directas e avaliações periciais a cada 30-60 minutos. Ora, se nalguns casos (tendencialmente mais raros, tendo em conta a abrangência dos novos critérios de inclusão) estes *timings* são suficientes, dada a extrema e mais que evidente incapacidade — porventura até dispensando avaliação pericial — não o serão para a maioria dos casos. O tempo exíguo pode efectivamente condicionar a avaliação pericial, não só pela dificuldade em ultrapassar a natural inibição do examinando (sobretudo em contexto de tribunal), como também pela dificuldade em colher informação colateral, essencial para a concreta aferição das reais incapacidades e das reais necessidades de assistência. Só a imprescindível análise exaustiva dos autos, que nos termos das *leges artis* deve ser feita previamente pelo perito, mas que, muitas vezes, só é possível durante a diligência, consumiria o exíguo tempo alocado. Obviamente que é difícil determinar quanto tempo deverá demorar uma diligência ou quantas perícias podem (devem) ser marcadas por jornada de trabalho, mas, e em jeito de provocação, não podemos deixar de nos interrogar sobre o que sucederia se Stephen Hawking, talvez a maior inteligência do Século XX, tivesse vivido em Portugal e fosse alvo de uma destas avaliações sumárias.

Outro desafio, acessório ao anterior, surge com a alteração do pressuposto para inclusão no novo regime, agora propositadamente lato, para assim ser extensível a uma multiplicidade de condições diferentes (algumas sem verdadeiro impacto na funcionalidade e na capacidade decisória e, portanto, não passíveis de motivar restrição de direitos via processo de acompanhamento). Neste contexto, é cada vez mais frequente surgirem pedidos de acompanhamento para pessoas, mais ou menos seniores, com mais ou menos patologias médicas diagnosticadas (*e.g.*, diabetes *mellitus*, patologia osteoartricular), sem que haja menção à existência de qualquer anomalia relevante no plano do processamento cognitivo. Ora, importa ressaltar que: *a)* o maior só poderá (deverá) ser acompanhado quando estiver impossibilitado de cumprir os seus deveres e de exercer os seus direitos, não bastando por isso que tal lhe seja difícil, penoso ou desconfortável; *b)* de acordo com o espírito da Convenção — plasmado no artigo 140.º do CC — as medidas de substituição deverão ser excepcionais e supletivas; *c)* as perícias psiquiátricas não devem ser utilizadas para realizar consultas médicas de avaliação, diagnóstico ou orientação clínica dos putativos beneficiários, antes tendo como desiderato elucidar o tribunal quanto à funcionalidade real, porventura confirmando avaliações clínicas prévias que possam constar do processo judicial.

Até ao primeiro trimestre de 2020 (*i.e.*, antes dos efeitos da pandemia COVID-19 na actividade judicial e pericial), parecia estar a assistir-se a uma massificação dos pedidos de acompanhamento, com um número anormalmente elevado de solicitações para exames periciais. Como já aflorado, as instituições hospitalares a quem o INMLCF distribui a realização de perícias médico-legais têm tido dificuldades na resposta, não só pelo aumento da pressão assistencial, mas também pelo crescimento exponencial dos pedidos. Apesar do esforço e da maior capacitação do INMLCF, através da contratação de peritos (sujeitos às normas procedimentais e a supervisão de qualidade), a resposta continua a ser insuficiente para as solicitações das instâncias judiciais.

O alarme inicial que resultou do aumento dos pedidos de acompanhamento, da urgência associada aos processos e das dificuldades na articulação entre tribunal-INMLCF-hospital, culminou na abertura de concurso público para “...serviços universitários ou de saúde públicos ou privados para a realização das referidas perícias, nos termos dos n.ºs 2 e 4, do artigo 2.º, da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto...” (cf. aviso n.º 8354/2019, DR n.º 93/2019, Série II, de 15/05/2019), a que responderam várias candidaturas de empresas e de médicos em nome individual. Ora, não nos competindo aqui debruçarmo-nos sobre a dialéctica entre serviços públicos e privados, estamos em crer que a proliferação da iniciativa privada — para além de não resolver todos os desafios associados à nova legislação — incorre mais facilmente num problema: a dificuldade (ou mesmo incapacidade) em instituir mecanismos de supervisão de qualidade e de aplicação de normas procedimentais, práticas existentes desde há longa data quer no INMLCF, quer nos serviços oficiais de Saúde. Importa ressaltar que não se pode privilegiar a quantidade de avaliações

periciais em detrimento da sua qualidade, correndo o risco de se ignorar por completo o espírito da CDPD.

Outra questão importante que tem surgido em fases precoces da marcha do processo (inclusive em contexto administrativo) visa os psiquiatras enquanto médicos assistentes e consiste na dificuldade de posicionamento dos mesmos face aos crescentes pedidos do Ministério Público (ou de outros requerentes) para obtenção de informação clínica sobre potenciais beneficiários. Com elevada frequência, esses pedidos não vêm acompanhados de consentimento informado do próprio para dispensar o médico assistente do sigilo profissional, ou, em alternativa, de despacho exarado por magistrado judicial. A obrigação de colaboração com entidades judiciais que recaí sobre os médicos (artigo 417.º do CPC) pode, assim, colidir com a salvaguarda do sigilo profissional, nomeadamente quando o putativo beneficiário não deseja partilhar a sua informação clínica e o recusa activamente, com consciência e vontade mantidas. Nestes casos, e como naturalmente se compreende, não poderá o médico psiquiatra fornecer dados clínicos protegidos por sigilo profissional, temendo-se contender com o legalmente previsto nos artigos do 195.º do Código Penal conjugados com os artigos 135.º e 136.º do Código de Processo Penal e, assim, incorrer em responsabilidade criminal. Problemas similares surgem quando o requerido não quer ser sujeito a qualquer medida de acompanhamento ou quando tem uma relação conflituosa com o requerente (situação potencialmente mais frequente com a facilitação de processos de acompanhamento noutras patologias que não os défices cognitivos adquiridos já na vida adulta ou as incapacidades intelectuais congénitas ou adquiridas no desenvolvimento precoce). Adicionalmente, os pedidos tendem a ser tão detalhados (por exemplo, na solicitação de áreas de incapacidade) que se assemelham a pedidos de exame pericial, havendo alguma dificuldade do psiquiatra assistente em recordar-se (e/ou em recordar o requerente) que as questões médico-legais têm de ser avaliadas e respondidas em sede própria e que os papéis de perito e de médico assistente não são habitualmente compatíveis (cf. n.º 1 do artigo 102.º do Regulamento de Deontologia Médica, publicado no DR, 2.ª série, n.º 139, de 21/07/2016).

Com o novo regime jurídico surgiram também importantes desafios para os psiquiatras enquanto peritos, nomeadamente no que diz respeito ao estabelecimento de limites para a resposta pericial. Assim, um dos primeiros desafios surge quando os peritos se deparam com a impossibilidade de responder a quesitos gerais e abstractos que não especificam quais os actos ou, ao menos, categorias de actos que devam ser pericialmente analisados. Nestes casos, a existir resposta, esta situar-se-á sempre no domínio dos juízos valorativos de natureza subjectiva e, portanto, muito longe das exigências técnico-científicas de uma avaliação pericial. Sem prejuízo do atrás afirmado, poderão os psiquiatras auxiliar o tribunal, como veremos, partindo de uma correcta avaliação da extensão da incapacidade.

Outras vezes, os peritos psiquiatras são chamados a pronunciar-se a propósito das medidas de acompanhamento mais adequadas às incapacida-

des apuradas em contexto pericial. De facto, pese embora tal não seja obrigatório por lei, sendo antes função do Requerente (artigo 892.º do CPC) e do juiz (artigos 898.º e 900.º do CPC), o certo é que este pedido tem sido viabilizado via quesitos adicionais. Os autores consideram que poderá ser pertinente dar uma resposta positiva a estes pedidos na medida em que: *a)* medidas de acompanhamento podem equivaler a direitos e obrigações cujo exercício se atribui ao acompanhante (e que se remove da esfera do beneficiário) e que traduzem necessidades de assistência do beneficiário (pelo acompanhante), pelo que dependem directamente da extensão da incapacidade apurada ou confirmada pelo perito; *b)* nos antigos processos de inabilitação o pronunciamento sobre medidas concretas já era costumeiro. De facto, mesmo que tal não tenha sido questionado (designadamente, via quesitos adicionais), será prudente e avisado que o perito psiquiatra emita um juízo técnico-científico sobre a adequação médico-legal das medidas propostas tendo em conta a extensão da incapacidade apurada no exame pericial (que, com frequência, ocorre meses depois do requerimento inicial ter sido efectuado e onde consta informação mais antiga). Efectivamente, ainda que na maioria dos casos os autores se tenham deparado com medidas demasiado restritivas, têm também surgido casos em que as medidas propostas se encontram muito aquém da efectiva incapacidade, pelo que em todo o caso este é um exercício que, entendemos, deve ser feito.

Igual dificuldade tem sucedido quando, também via quesitos adicionais, os peritos psiquiatras são incitados a emitir um juízo pericial (técnico-científico) a propósito da pertinência da restrição do exercício de direitos pessoais, pedindo-se-lhes inclusive que elenquem exactamente quais, a partir de uma referência ao artigo 147.º do CC. Os autores mostram-se bastante reticentes quanto à real exequibilidade do pedido, no essencial porque: *a)* não consta que tal parecer seja obrigatório em contexto de relatório pericial (artigo 899.º do CPC), sendo antes missão do requerente e do juiz ajuizar e definir qual ou quais as medidas de acompanhamento mais adequadas (artigos 898.º e 900.º do CPC); *b)* a avaliação da capacidade de exercício de muitos dos direitos pessoais (ainda que não todos) não é, em nosso entender, avaliável cientificamente ou mesmo eticamente permitida; *c)* o processo de decisão sobre a retirada de direitos (fundamentais) não pode ser deixada a médicos hospitalares pressionados por administradores para fazer mais e mais rápido. No entender dos autores, o perito poderá (deverá), no máximo, pronunciar-se sobre a capacidade cognitiva e/ou emocional do beneficiário, enfatizando que os direitos pessoais em concreto nomeados no artigo 147.º do CC não podem ser alienáveis pela mera existência de perturbação mental ou incapacidade, pretendendo-se, pelo contrário, e no espírito do paradigma defendido pela Convenção, a preservação máxima dos direitos, com restrições mínimas e pelo menor tempo possível. Vemos, portanto, como ética e pericialmente impossíveis de avaliar as capacidades para exercer o direito de procriar (que depende apenas e só da capacidade biológica e que diverge conceptual e eticamente da capacidade e do direito a educar) ou o direito a estabelecer

relações com quem entender (porquanto tal não é nem pode ser restringido pela mera presença de uma perturbação mental ou incapacidade intelectual). Ainda que com dificuldade, o perito psiquiatra poderá auxiliar o tribunal na avaliação da capacidade para exercer o direito a deslocar-se no país ou no estrangeiro ou a fixar domicílio e residência, pronunciando-se pela capacidade do examinando para se orientar no espaço e para manifestar vontade duradoura em deslocar-se para determinado lugar (sabendo, por exemplo, que mesmo em casos de demência com compromisso na orientação, há beneficiários que afirmam querer continuar a residir no seu domicílio habitual). Já quanto à capacidade para cuidar e educar dos filhos/adoptados (*i.e.*, exercício de responsabilidades parentais), esta será sempre uma resposta muito complexa que carecerá da caracterização do contexto concreto em que eventualmente decorrerão esses cuidados. Será sempre diferente cuidar e educar de menores tendo auxílio de terceiros, partilhando as tarefas e dividindo responsabilidades de acordo com as competências de cuidar e educar de menores por si só e sem ajuda, por exemplo. Recordamos, ainda, que, para esse propósito, existem perícias autónomas, manifestamente complexas, que visam auxiliar os tribunais nestas questões no domínio do Direito de Família e Menores, pelo que simplificá-lo aqui, neste contexto, poderá facilmente incorrer em riscos. Por outro lado, parece-nos tecnicamente muito difícil discernir sobre a capacidade para o exercício das responsabilidades parentais em pessoas sem filhos, pedindo-lhes apenas que recorram à imaginação para discorrer sobre as técnicas de educação e cuidado que empregariam. Quanto à pronúncia pericial sobre capacidade para exercer o direito de escolher profissão, somos do entendimento que nenhuma entidade nosológica limita a possibilidade da escolha ou o desejo de exercício de uma qualquer profissão, o que é distinto da capacidade para a exercer, que dependerá sempre da profissão em concreto.

Questionamo-nos também sobre se será exigível que o perito se pronuncie sobre restrições a direitos cujo exercício não se prevê, sobretudo porque, dando expressão ao princípio da máxima efectividade dos direitos fundamentais, tais restrições têm de ser “*proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa*” (cf. n.º 4 do artigo 12.º da CDPD). Esta circunstância aplica-se, por exemplo, à capacidade para o exercício do direito de adoptar em pessoas que nunca manifestaram ou manifestam tal vontade, independentemente da extensão da sua incapacidade, sabendo-se também que o processo de adopção é moroso, sujeito a verificações e avaliações várias por terceiros habilitados. O mesmo acontecerá relativamente à capacidade para o exercício do direito de casar/estabelecer relações de união em pessoas que nunca manifestaram ou manifestam tal vontade, independentemente da extensão da incapacidade. A título de exemplo, e tendo em vista a resposta um quesito específico elaborado pelo tribunal, questionámos uma idosa de 89 anos a propósito da hipótese de casamento; tendo compreendido especificamente a pergunta, a idosa prontamente se insurgiu, debitando todas as razões pelas quais nunca pensaria repetir aquilo que ela considerava ter sido um dos

maiores erros da sua vida: casar. De facto, sabe-se que o casamento não tem um significado estritamente contratual para a quase totalidade dos cidadãos que escolhe aquele instituto, antes concorrendo factores emocionais subjectivos.

Já no que diz respeito à aferição da competência para celebrar negócios de vida corrente, consideramos tratar-se de uma encruzilhada, uma vez que embora o perito seja especificamente questionado sobre a capacidade, a sua resposta tem de incluir outras ponderações, nomeadamente o potencial reabilitativo e a auto-estima. Neste sentido, a medida de acompanhamento terá sempre de ser perspectivada por forma a não contribuir para o agravamento da incapacidade, nem para um quadro de ansiedade e depressão com consequências imprevisíveis. No plano teórico, poderá ser mesmo de recomendar pericialmente a preservação do direito a celebrar negócios de vida corrente mesmo quando há incapacidade, nomeadamente quando o requerido já faz uso de dinheiro de bolso, sugerindo-se antes um controlo da quantidade de dinheiro fornecida. Os efeitos benéficos na auto-estima, valorização do auto-conceito e potenciação de contactos sociais têm um valor para a saúde mental e reabilitação que quase sempre excede o risco de ser enganado nos trocos. Nos casos em que o beneficiário faz uso desse direito há anos, com maior ou menor discapacidade, que benefício existe na sua restrição? E qual o papel do acompanhante na garantia do exercício dos direitos do maior acompanhado, privilegiando-se as funções de assistência em detrimento da representação geral? A alteração legislativa traz consigo uma nova relação jurídica, importando reflectir sobre os poderes-deveres deste acompanhante¹².

Assim, pese embora o legalmente previsto pelo artigo 899.º do CPC e as fortes limitações técnico-científicas supramencionadas, o perito tem sido confrontado, via quesitos adicionais, com a exigência do julgador para que se pronuncie expressa e taxativamente sobre quais os direitos cíveis cujo exercício deve ser coarctado. Em nossa opinião, como vimos, tal ultrapassa muitas vezes a competência do perito ao exceder os limites da capacidade da ciência psiquiátrica. Cremos que não pode o tribunal demitir-se das suas responsabilidades e do poder-dever da decisão que só ao juiz pertence, não devendo nunca ser o perito compelido ou “obrigado” a fornecer juízos valorativos mascarados de pretensão juízo técnico-científico quando tal sai fora do alcance da ciência.

Por fim, e para concluir esta secção, surge-nos a questão do internamento previsto no artigo 148.º do CC (Internamento). Entendemos que, no espírito do legislador, este artigo foi pensado tendo em vista a colocação em instituição de tipo residencial que possa fornecer continuidade de cuidados (e.g., de enfermagem, sociais). Podemos assim antecipar diversos aspectos positivos deste artigo, incluindo: a) evitar colocações arbitrárias em lar residencial ou

¹² ROCHA RIBEIRO, Geraldo, “O conteúdo da relação de cuidado: os poderes-deveres do acompanhante, sua eficácia e validade”, *Julgar*, n.º 40 (Janeiro-Abril), 2020, 73-95.

outras situações desfavoráveis para o beneficiário; b) tranquilizar os directores técnicos de lares quando neles têm a residir alguém que argumenta querer ir-se embora e que o/a estão a prender; c) acelerar os procedimentos habituais para integração em lar. Contudo, e apesar do acima exposto, mantemos algumas dúvidas sobre a formulação do artigo e sobre qual o papel do perito. Não teria sido melhor que o legislador tivesse utilizado outro vocábulo que não internamento, em vez de introduzir em Lei um “significante” linguístico com diferentes “significados”? Mais uma vez, acreditamos que o legislador não se refere a um internamento hospitalar ou de um estabelecimento terapêutico, até porque isso conflituaria com a Lei de Saúde Mental e promoveria inclusivamente conflitos de competência entre a jurisdição civil e a jurisdição criminal. Mas não será antes este internamento um sinónimo de uma privação de liberdade em instituição e assim uma — já prevista — fixação de residência sem consentimento? E se o lar disponibilizado for tão distante que impeça o cumprimento das funções do acompanhante? E se o perito for chamado a posicionar-se sobre a institucionalização em lar, deverá ou não deslocar-se ao mesmo para verificar as condições reais? Por outro lado, julgamos também ser medicamente possível que, nalgumas situações, estes internamentos possam estar contra-indicados, agravando o estado de saúde do requerido ou prejudicando uma possível reabilitação psicossocial.

CONTRIBUTOS PARA O APERFEIÇOAMENTO DA PRÁTICA PERICIAL E PARA UMA EVENTUAL REVISÃO FUTURA DA LEGISLAÇÃO

Alguns desafios avançados acima, nomeadamente aqueles que dependem sobretudo (ou em exclusivo) do perito psiquiatra, poderão ser ultrapassados com algumas alterações na postura e na prática pericial.

Em contexto pericial, a probabilidade de “erro” no juízo médico-legal é minimizada sempre que se consiga: a) garantir a preparação do exame pré-diligência, mediante acesso atempado ao processo judicial; b) realizar o exame pericial em contexto adequado, confortável para os diferentes intervenientes e com duração suficiente para escutar e compreender o beneficiário e seus familiares (ou pessoas significativas) e para avaliar a — cada vez mais — precisa fronteira da incapacidade; c) entrevistar outros informantes relevantes (e.g., técnicos da Instituição que frequenta); d) solicitar — após exame pericial e anexando o devido consentimento — acesso a registos clínicos (dos quais só se tomou conhecimento durante a diligência pericial); e) solicitar — após exame pericial e se remanescerem dúvidas — exames complementares (de psicologia, de neuropsicologia, de neurologia ou mesmo exames complementares de diagnóstico, mormente imagiológicos); f) coligir toda esta informação e redigir relatório.

A nova legislação exige ainda que o perito se pronuncie sobre as “*consequências da afecção*”. Tal diz respeito não só às consequências médico-psicológicas da patologia (e.g., prejuízo de determinadas áreas da cognição),

mas também às consequências práticas da mesma (*i.e.*, ao impacto no quotidiano dessa mesma incapacidade) que deverão ser aferidas por um processo de análise funcional. Contudo, ainda que algumas destas competências possam ser testadas em contexto de avaliação pericial (e são-no, de facto), a verdade é que parte significativa da informação é obtida do próprio examinando (quando possível) ou através de heteroanamnese a informantes presentes (*e.g.*, familiares, cuidadores, funcionários de Instituição). A vinculação do perito à heteroanamnese pode incorrer — ao menos em algumas situações — em viés de fonte. Nalguns casos (os mais complexos e de fronteira) poderá ser útil ao perito ter acesso a exames complementares focados na funcionalidade quotidiana (e não na prestação em provas psicológicas ou neuropsicológicas) que habitualmente não estão disponíveis. O recurso a terapeutas ocupacionais, por exemplo, poderá ser um instrumento útil para avaliar — no mundo real e em contexto forense — algumas capacidades (*e.g.*, deslocação ao exterior, realização de pequenas transacções, desempenho em serviços públicos).

No entanto, não basta que se aperfeiçoe a técnica. Urge também aumentar o conhecimento dos peritos relativamente às alterações na legislação e investir na sua formação contínua e supervisão. Esta última tarefa, bastante delicada porquanto se arrisca a interferir na autonomia do perito, deve ser executada com sensatez, modelando o conteúdo e não o estilo ou a forma de escrita, por forma a aproximá-los à visão e conceptualização da CDPD e a alertá-los para o viés (sempre presente) de uma postura de protecção pela incapacitação que lhes foi naturalmente conferida pela prática clínica.

Alguns dos desafios que surgiram com o novo regime jurídico só poderão ter resolução satisfatória mediante interpretações alternativas (porventura menos restritivas do que aquelas com que nos temos vindo a deparar) ou mesmo alterações à legislação, sendo certo que tais tarefas recaem sobre o tribunal e o legislador e não sobre os peritos.

Na prática clínica e pericial é frequente encontrar adultos passíveis de enquadrar no Regime do Maior Acompanhado, mas que não têm ninguém disponível para assumir as funções de acompanhante. De facto, muitos destes putativos beneficiários, quando avaliados e propostos para acompanhamento, encontram-se já em situações de grande precariedade social, sem que seja possível identificar qualquer rede de suporte. Tal será sobretudo o caso de beneficiários com doença mental grave (*e.g.*, esquizofrenia) e com patologia neurodegenerativa *major* (*e.g.*, síndromes demenciais). Noutros casos, contudo, até existem pessoas para exercer as funções de acompanhante (*e.g.*, familiares directos) que, não tendo qualquer interesse ou vocação para tal, não o poderão recusar, porventura exercendo o papel a contragosto e com cuidado e diligência duvidosos. Neste contexto, os autores defendem a criação da figura de um profissional para exercer a função de acompanhante (Acompanhante Público) que poderia, nestes casos, fornecer uma solução que melhor acautelasse os interesses dos beneficiários. Salvo melhor opinião, nem seria necessária mudança da Lei (o artigo 143.º do CC será suficientemente

amplo), antes um enquadramento regulamentar que permitisse, por exemplo, atribuição das funções de acompanhante a: *a)* profissionais do Instituto da Segurança Social (*e.g.*, à semelhança das EMAT, por exemplo); *b)* profissionais do Ministério da Saúde (*e.g.*, assistentes sociais nos cuidados de saúde primários ou nos hospitais — o que já vem ocorrendo, de forma voluntária); *c)* outro Instituto a criar, idealmente independente dos Ministérios da Justiça, da Saúde e do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social.

Importa também clarificar o artigo 148.º do CC (Internamento). De facto, sem prejuízo dos benefícios potenciais já aludidos, os autores consideram fundamental alterar a designação para “*colocação em instituição residencial*” ou similar, desta forma distinguindo claramente esta possibilidade daquela que medicamente se entende por “*internamento*” (*i.e.*, admissão em unidade de saúde para prestação de cuidados de saúde). Este esclarecimento terá como principal intuito evitar conflitos de interpretação ou mesmo dúvidas sobre a constitucionalidade da medida¹³.

CONCLUSÕES

Tendo em conta a prática pericial individual dos autores, estamos em crer que, ao menos até ao presente momento, não se verificou uma acentuada mudança qualitativa nos beneficiários do novo regime do maior acompanhado — *versus* o regime pretérito de interdição-inabilitação — quer no que diz respeito às condições clínicas (sobretudo síndromes demenciais e perturbações do desenvolvimento intelectual, com frequência nos extremos da incapacidade), quer no momento em que a acção é requerida (*i.e.*, idade em que é proposta a acção), quer mesmo no contexto que acaba por motivar a proposta de acompanhamento (*e.g.*, após hospitalização que sinalizou incapacidade e ausência de suporte social, por envelhecimento ou falecimento de cuidadores, para admissão em instituições residenciais, entre outros). De igual forma, ao menos na sua percepção (seguramente limitada) não julgam ter existido um afastamento significativo do padrão prévio de restrições aos direitos dos beneficiários (assumindo uma proximidade entre representação geral e interdição), admitindo até um possível agravamento das mesmas. São várias as teorias potencialmente explicativas para esta realidade, de entre as quais

¹³ Sendo que efectivamente se reconhece que esta matéria, pela sua enorme complexidade e natureza estritamente jurídica, está muito para além da nossa estrita competência psiquiátrica, admitimos que a interpretação da norma, extraível da conjugação dos artigos 138.º, 140.º, n.º 1, e 148.º, todos do Código Civil, na redacção introduzida pela Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, no sentido de que é possível a privação de liberdade de maior acompanhado, que não seja portador de anomalia psíquica, em qualquer estabelecimento que não o estabelecimento terapêutico adequado, visando assegurar o seu bem estar, recuperação de pleno exercício dos seus direitos e cumprimento dos seus direitos e cumprimento dos seus deveres, é inconstitucional, por violação do artigo 27.º (desde logo, tendo em atenção os n.ºs 2 e 3, alínea *h*), e 18.º, n.º 2, ambos da Constituição da República Portuguesa).

a possibilidade do novo regime manter ainda o foco nas situações de incapacidade extrema. Outros factores que parecem contribuir para a ausência de mudança efectiva podem ser: *a)* a desinformação dos peritos psiquiatras (sobretudo naqueles com menor experiência ou menor interesse na área da psiquiatria forense, mas que a essas funções são chamados); *b)* a desinformação dos vários intervenientes processuais; *c)* a dificuldade por parte dos peritos em afastar-se da postura mais paternalista herdada da prática clínica (em que a protecção pela restrição é a norma). Desta forma, os autores consideram que existe uma possibilidade real de a mudança do regime ter trazido mais uma continuidade do que uma ruptura na acção, prática e conclusões dos peritos, sem prejuízo dos diversos benefícios já apontados. A massificação dos exames periciais (face à exiguidade de recursos), bem como a manutenção do foco no mesmo tipo de situações clínicas que o préterito regime (sem o alargamento do espectro que os pressupostos permitem) serão também factores contributivos para essa continuidade.

Os peritos psiquiatras têm ainda um caminho a percorrer para se afastarem do paradigma anterior (protecção pela restrição) em direcção ao novo paradigma (restrição mínima, mais liberdade com mais riscos). A CDPD deverá estar mais presente no pensamento e acção do perito, cuja tarefa não pode ser banalizada, antes protegida com maior especialização, mais tempo por diligência e mais instrumentos ao seu dispor.

Concluimos com uma nota sobre o trabalho pericial neste domínio que permite assistir, na primeira pessoa, à justa luta pela emancipação de pessoas com incapacidade. Permite também tomar contacto com o que de melhor há nas pessoas que decidem ser acompanhantes e, em muitos casos, decidem cuidar de alguém incapacitado durante toda a sua vida. Assim, e ainda que o exame pericial não seja, de todo, uma intervenção terapêutica, há que escutar as histórias dos beneficiários, familiares e cuidadores, há que ouvir as suas lutas, vicissitudes e angústias, num momento difícil em que lhes exigimos (pela natureza do exame) que explorem aspectos dolorosos (*e.g.*, quando perceberam que o filho não era igual aos outros, quando viram que a mãe deixou de reconhecer o neto). Fazê-lo é uma exigência moral e um imperativo médico, mesmo na área forense.