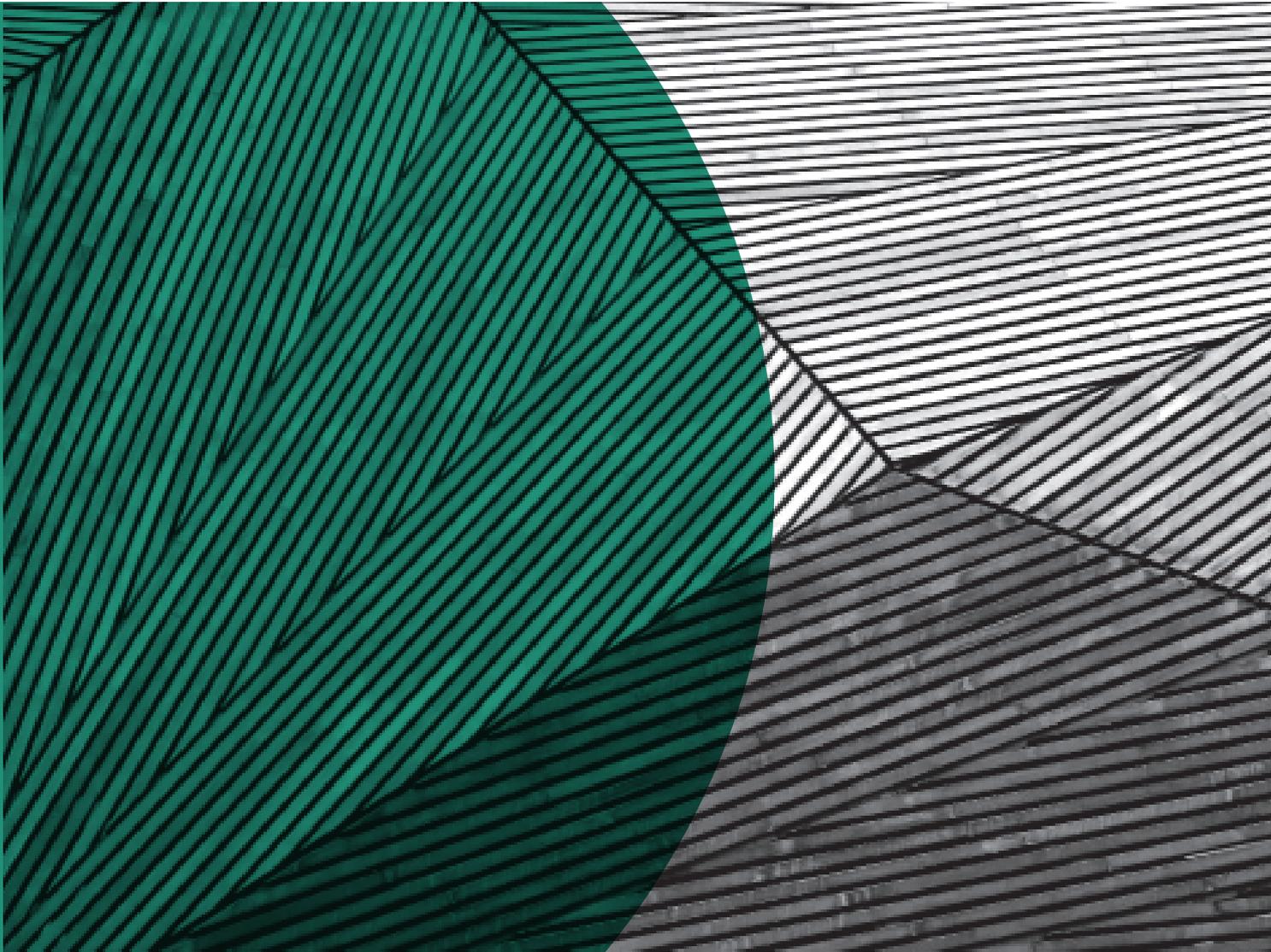


**AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA COMO
SUJEITOS DE DIREITOS E DEVERES**
INCAPACIDADES E SUPRIMENTO
- A VISÃO DO JURISTA

JORGE DUARTE PINHEIRO



As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres

Incapacidades e suprimento – a visão do Jurista*

Jorge Duarte Pinheiro**

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

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

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

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

De facto, a lei tem em vista fundamentalmente:

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

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

- A pessoa maior, não interdita, nem inabilitada e com menos de 60 anos (cf. artigos 123º, 139º e 156º, 1720, nº 1, alínea b), e 1979º, nº 3, do Código Civil)¹;

- A pessoa que domina bem a língua do País, que fala, ouve, lê e escreve (cf. artigos 65º, 66º e 68º do Código do Notariado e 2208º do Código Civil)²;

- A pessoa imputável, aquela que tem consciência do que é lícito, ou ilícito, e é susceptível de um juízo de culpa (cf. artigos 488º do Código Civil, 13º, 17º, nº 1, e 20º do Código Penal)³, que se encontra em condições de entender o sentido dos actos e de agir ou deixar de agir (cf. artigo 257º do Código Civil⁴).

O Direito "clássico" está obrigado a ter em conta outras pessoas, além do *sujeito capaz*: este sujeito está contacto com essas outras pessoas; a tutela geral da personalidade também abrange aqueles que se não enquadrem na "construção do sujeito capaz" (cf. artigo 70º, nº 1, do Código Civil⁵); o artigo 71º da Constituição da República

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

² O Código do Notariado regula a situação dos denominados "intervenientes acidentais": outorgantes que não compreendam a língua portuguesa (artigo 65º), surdos e mudos (artigo 66º), incapazes ou inabéis para serem abonadores, intérpretes, peritos, tradutores, leitores ou testemunhas (artigo 68º, que, no nº 1, inclui nesta categoria, designadamente: os que não estiverem no seu perfeito juízo, os que não entenderem a língua portuguesa, os menores não emancipados, os surdos, os mudos e os cegos).

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

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

³ O artigo 488º do Código Civil, subordinado à epígrafe "imputabilidade, exclui, no nº 1, a responsabilidade civil de quem, no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se a pessoa em apreço se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório.

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

⁴ Esta disposição legal prevê, no nº 1, que a declaração negocial feita por quem, devido a qualquer causa, se encontrava acidentalmente incapacitado de entender o sentido dela ou não tinha o livre exercício da sua vontade é anulável, desde que o facto seja notório ou conhecido do declaratório.

⁵ O preceito mencionado estatui que a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral, sem distinguir em função da capacidade.

Portuguesa⁶ vincula o legislador ordinário; e os compromissos internacionais do Estado Português⁷ têm de projectar-se na esfera legislativa deste.

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

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

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

Aceitemos, pois, esta noção, que, ao associar deficiência a limite à participação em condições de igualdade com as demais pessoas, não se mostra ultrapassada pela perspectiva da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.⁸

⁶ O artigo 71º determina o seguinte:

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

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

"3. O Estado apoia as organizações de cidadãos portadores de deficiência."

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

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

⁸ O texto da Convenção encontra-se em anexo ao acto que a aprovou no ordenamento jurídico português, a Resolução da Assembleia da República nº 56/2009, de 7 de Maio de 2009, publicada no *Diário da República*, 1ª série, nº 146, de 30 de Julho de 2009, p. 4906. O artigo 1º, segunda parte, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, dispõe: "As pessoas com deficiência incluem aqueles que têm incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interacção com várias barreiras podem impedir a sua plena e efectiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros."

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

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

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

A. A divisão no Direito Penal

3. O artigo 20º do Código Penal ocupa-se da inimputabilidade por anomalia psíquica.⁹ Os artigos 91º a 103º do Código Penal regulam o internamento de quem tiver praticado um ilícito criminal e tiver sido considerado inimputável, nos termos do mencionado artigo 20º.

Os artigos 104º a 107º do Código Penal disciplinam a situação do agente que, não tendo sido declarado inimputável ao abrigo do referido artigo 20º, for condenado em prisão, quando se mostre que sofria de anomalia psíquica ao tempo do crime ou quando a anomalia psíquica sobrevier ao agente depois da prática do crime. São alterações ao regime normal de execução da pena, aparentemente mais favoráveis, que caducam logo que se mostrar que a anomalia foi simulada (cf. artigo 108º do Código Penal).

B. A divisão no Direito Civil

⁹ O artigo 20º do Código Penal dispõe:

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

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

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

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

4. No Direito Civil português¹⁰, depara-se também com um regime especialíssimo para a pessoa com deficiência mental.

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰ A divisão entre pessoas com deficiência mental e pessoas com deficiências de outra ordem também está presente em ordenamentos civis estrangeiros, como o alemão. Por exemplo, nos termos do § 1896 I do Código Civil alemão, o "acompanhamento" ("Betreuung") pode ser decretado oficiosamente ou a requerimento da pessoa com deficiência, a não ser que a deficiência seja física, caso em que se não admite uma promoção oficiosa.

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

Mas o que mais importa destacar é uma visão menos sensível do legislador civil acerca da deficiência mental que se traduz em certas restrições de constitucionalidade duvidosa¹¹: o inabilitado por anomalia psíquica não pode casar (artigo 1601º, alínea b), do Código Civil), não pode constituir uma união de facto protegida (artigo 2º, alínea b), da Lei nº 7/2001, de 11 de Maio), não pode ter acesso às técnicas de procriação medicamente assistida (artigo 6º, nº 2, da Lei de Procriação Medicamente Assistida) e está impedido de exercer qualquer das prerrogativas contidas nas responsabilidades parentais (artigo 1913º, nº 1, alínea b), do Código Civil).¹²

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

¹¹ E, além disso, talvez não muito conformes com as disposições do artigo 23º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. O nº 1, alínea a), deste artigo, prevê que "os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas e efectivas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência em todas as questões relacionadas com o casamento, família, paternidade e relações pessoais, em condições de igualdade com as demais, de modo a assegurar o reconhecimento do direito de todas as pessoas com deficiência, que estão em idade núbil, em contraírem matrimónio e a constituírem família com base no livre e total consentimento dos futuros cônjuges". No nº 2, determina-se: "Os Estados Partes asseguram os direitos e responsabilidades das pessoas com deficiência, no que respeita à tutela, curatela, guarda, adopção de crianças ou institutos similares, sempre que estes conceitos estejam consignados no direito interno; em todos os casos, o superior interesse da criança será primordial. Os Estados Partes prestam assistência apropriada às pessoas com deficiência no exercício das responsabilidades parentais."

¹² Concretamente sobre o obstáculo ao casamento, cf. DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2ª edição, Lisboa, AAFDL, 2009, p. 415: "o casamento, enquanto acto que se projecta sobretudo na esfera pessoal das partes, não parece completamente incompatível com uma anomalia psíquica que influa apenas na capacidade de administração dos bens, como é aquela que constitui causa de inabilitação". Em seguida, sustenta-se que, dada a variedade de manifestações de anomalia psíquica, "seria, pelo menos, adequada uma alteração legal que permita àqueles que sofrem de demência *de direito* ou *de facto* notória e habitual contraírem validamente casamento, quando seja judicialmente apurado que a perturbação mental não impede a vida conjugal. A rigidez da solução actual do art. 1601º, al. b), cria a suspeita de uma restrição inconstitucional dos direitos do cidadão portador de deficiência mental (cf. arts. 71º, nº 1, 36º, nº 1, e 18º, nºs 2 e 3, da CRP)". O que se escreveu aí pode adequar-se, com adaptações, à constituição da união de facto, ao acesso à procriação medicamente assistida e ao exercício das responsabilidades parentais.

5. Embora o regime especial da pessoa com deficiência não vise exclusivamente a sua protecção¹³, esta problemática da protecção é inequivocamente a mais preponderante.

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

6. Os instrumentos disponíveis para protecção civil da pessoa com deficiência¹⁴ são múltiplos, havendo que distinguir os que traduzem respostas pontuais de defesa da esfera patrimonial, ou não patrimonial, dessa pessoa (ainda que tenham sido estruturadas para garantir o interesse da generalidade das pessoas) dos meios marcados por um propósito mais global e duradouro de protecção.

A. Respostas pontuais

¹³ Cf., *supra*, nº 4: por exemplo, a inibição de responsabilidades parentais que recai sobre o interdito ou inabilitado por anomalia psíquica destina-se predominantemente a assegurar a protecção dos filhos menores.

¹⁴ No que toca aos instrumentos não civis, refira-se os que se encontram no Código de Processo Penal e no Código Penal.

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

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

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

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

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

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

E o artigo 1678º, nº 2, alínea f), de tal Código, torna dispensável o recurso à gestão de negócios, quando atribui a um cônjuge o poder de administrar os bens do outro, se este se encontrar impossibilitado de exercer a administração por se achar em lugar remoto ou não sabido ou por qualquer motivo, e desde que não tenha sido conferida procuração bastante para administração desses bens.¹⁵

¹⁵ Cf. DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família* (obra citada, *supra*, na nota Erro: Origem da referência não encontrada), pp. 564-566, 574-576.

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

B. A inabilitação e a interdição

8. No nosso ordenamento, os meios duradouros de protecção da pessoa com deficiência, por excelência, são a inabilitação e a interdição. Estes institutos são, normalmente, estudados na disciplina de Teoria Geral do Direito Civil¹⁶, estando regulados nos artigos 138º a 152º do Código Civil.

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

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

¹⁶ Cf., nomeadamente, CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Lisboa, AAFDL, 1978, pp. 155-166; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 190-198; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo III, *Pessoas*, 2004, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 409-427; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 119-125.

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

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

A interdição e a inabilitação estão longe de proporcionarem boas soluções¹⁷. Os processos de interdição e inabilitação são morosos, implicam, por vezes, pesados custos; têm cariz estigmatizante; e não cobrem situações de incapacidade temporária, ainda que se trate de incapacidade temporária grave. No caso particular da inabilitação, confere-se maior relevância à protecção do património do que à protecção da pessoa do incapaz. No caso da interdição, o mecanismo de defesa do interesse do incapaz é a tutela, um meio pouco flexível e originariamente estruturado para suprir o poder paternal.

C. O acolhimento familiar e o internamento compulsivo

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

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

O acolhimento familiar pode verificar-se nas seguintes condições (artigo 2º, nº 1): inexistência ou insuficiência de respostas sociais eficazes que assegurem o apoio adequado à manutenção no seu domicílio da pessoa idosa ou da pessoa com deficiência;

¹⁷ Cf., entre outros, PAULA TÁVORA VÍTOR, *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, e "Pessoas com capacidade diminuída: promoção ou/e protecção", em AA.VV., *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 175 e s.; ROCHA RIBEIRO, "As incapacidades jurídicas e os seus meios de suprimento", em Tânia da Silva Pereira/Guilherme de Oliveira (coordenadores), *O cuidado como valor jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 2008, pp. 236-238 [219-239].

ausência da respectiva família ou quando esta não reúna condições mínimas para assegurar o seu acompanhamento.

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

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

Não obstante os objectivos do diploma relativamente ao acolhimento familiar de pessoas com deficiência¹⁸, faltam dados comprovativos de uma aplicação significativa da medida.

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

O internamento compulsivo, medida extrema, alegadamente centrada no interesse do incapaz, não deixa de estar submetido à influência de uma lógica de repressão e prevenção da prática de ilícitos: visa, em primeira linha, "o portador de anomalia psíquica grave que, crie, por força dela, uma situação de perigo para bens jurídicos, de relevante valor, próprios *ou alheios*, de natureza pessoal ou patrimonial, e recuse submeter-se ao necessário tratamento médico"(artigo 12º, nº 1)¹⁹; e o processo que leva à aplicação da medida tem um pendor penal, que se confirma na indicação daquela que constitui a legislação subsidiária²⁰.

IV. Os ventos da "doutrina da alternativa menos restritiva"

¹⁸ Cf. o preâmbulo do mencionado Decreto-Lei nº 391/91, de 10 de Outubro: "apoiar aqueles que, por sua idade ou por falta de autonomia, vivem numa situação de isolamento, agravada pela insuficiência ou inexistência de resposta que satisfaçam as suas necessidades básicas", mediante a criação de um meio alternativo ao meio familiar, que, sendo mais humano e personalizado, evite ou retarde o mais possível o recurso à resposta institucional.

¹⁹ O itálico é nosso.

²⁰ Cf. o artigo 9º: "Nos casos omissos aplica-se, devidamente adaptado, o disposto no Código de Processo Penal".

A. A doutrina

11. O sentimento de inadequação do regime especial da pessoa com deficiência, que se observa, nomeadamente, quanto às normas portuguesas e que já se verificou relativamente a normas de outros Países ocidentais (v.g., Estados Unidos da América e Alemanha), levou à criação e difusão da chamada doutrina da alternativa menos restritiva²¹.

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

B. A voz do Conselho de Europa

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

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

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

²¹ Nos Estados Unidos, a doutrina foi estabelecida, em 1960, no caso *Shelton v. Tucker* (cf. PAULA TÁVORA VÍTOR, *A administração...*, obra citada, *supra*, na nota Erro: Origem da referência não encontrada, pp. 27-28).

pessoa capaz destinadas a regular uma situação de incapacidade própria superveniente (nº 7).

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

C. O exemplo alemão: "Betreuung" (acompanhamento)

13. Uma importante alteração legislativa verificada no direito alemão, que se harmoniza bem com a doutrina da alternativa menos restritiva, precedeu a referida recomendação do Conselho da Europa: a "Lei do Acompanhamento" ("Betreuungsgesetz") de 12 de Setembro de 1990, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1992, aboliu a tutela de maiores, substituindo este instituto por um novo, conhecido por "Betreuung" ou acompanhamento.²²

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

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

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

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

²² Sobre a figura alemão do acompanhamento, cf., entre outros, GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, 5ª ed., Munique, Beck, 2006, pp. 954-975.

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

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

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

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

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

E, em 2009, Portugal ratificou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência²³, fonte de direito internacional que, no artigo 12º, n.º 4, estabelece que os Estados Partes fornecem garantias mediante as quais se assegura que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica respeitam os desejos, a vontade e as preferências da pessoa com deficiência, estão isentas de conflitos de interesse e influência indevidas, são proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa, aplicam-se no período de tempo mais curto possível e estão sujeitas a um controlo periódico por uma autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial.

No entanto, a recepção da doutrina da alternativa menos restritiva parece ter sido meramente *nominal*, no campo civil, dada a continuação da vigência do regime da

²³ Decreto do Presidente da República nº 71/2009, de 30 de Julho, publicado no *Diário da República*, 1ª série, nº 146, de 30 de Julho de 2009, p. 4875.

interdição e inabilitação, que até agora não foi alterado (ou significativamente alterado, se tivermos em consideração também a lei processual).

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

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

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

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

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

VI. Considerações finais

15. Concluída esta breve análise, predominantemente panorâmica, da forma como as áreas ditas clássicas do Direito se ocupam das matérias relativas às pessoas com deficiência, pode dizer-se que a regulamentação em apreço se caracteriza pela

dispersão. Falta uma legislação unificada e sistematizada, o que, naturalmente, origina algumas incoerências. Mas não parece ser muito conveniente a aprovação de um código exclusivamente dedicado ao estatuto das pessoas com deficiência, porque, ao assumir uma separação formal nítida entre os cidadãos, seria susceptível de alimentar sentimentos de discriminação.

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

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