

SAÚDE MENTAL, INCAPACIDADE E RESPONSABILIDADE CIVIL
POR FACTOS ILÍCITOS. BREVE REFLEXÃO

MENTAL HEALTH, INCOMPETENCE AND LIABILITY. BRIEF
CONSIDERATIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4, febrero 2016, pp. 108 - 139.

Fecha entrega: 20/12/2015
Fecha aceptación: 15/01/2016

ANA ELISABETE FERREIRA
Investigadora do Centro de Direito Biomédico
Universidade de Coimbra, Portugal
anelisferreira@hotmail.com

RESUMO: Os grandes avanços da Medicina e da tecnologia de que Hoje a Psiquiatria e a Neurologia beneficiam proporcionam conhecimentos até há pouco inconcebíveis, e vêm circunscrever a visão dos juristas quanto à consideração de alguém como incapaz. Os novos contributos acarretam, naturalmente, particulares exigências quanto ao juízo concreto de inimputabilidade, e também quanto à justificação da não sancionabilidade do inimputável.

São amplos e profundos os estudos que fazem a intercessão entre o problema da saúde mental e a responsabilidade criminal. O que pretendemos com este artigo é confrontar o primeiro problema com a responsabilidade civil, tantas vezes subestimada. Neste sentido, procurámos refletir, essencialmente, sobre as aporias trazidas pelo nosso modelo de ilicitude, pelo princípio da culpa, e pela responsabilização do incapaz por motivos de equidade admitida no nosso ordenamento jurídico. Ademais, concluímos pela manifesta insuficiência das soluções tipificadas para a proteção dos incapazes, face às exigências do princípio jusfilosófico «*venia debilium*».

Este artigo foi primeiramente trabalhado no âmbito do Curso de Doutoramento em Direito da Universidade de Coimbra, em 2011, sob orientação do Senhor Professor Doutor Jorge Sinde Monteiro.

PALAVRAS-CHAVE: Culpa, incapacidade, inimputabilidade, responsabilidade civil, saúde mental.

ABSTRACT: Today Psychiatry and Neurology benefit of great advances in medicine and technology, which provides knowledge unthinkable until now, and have limited the view of us lawyers to the consideration of someone incompetent or unable to stand trial. The new contributions entail, of course, particular requirements on the concrete incompetency judgment, as well as to the defense of non *sanctionability* of an incompetent person.

Studies making the intersection between the problem of mental health and criminal responsibility are broad and deep. Our intention with this article is

to confront the first issue with liability, so often underestimated. In this sense, we tried to reflect mainly on the *aporia* brought by our *fault model*, and the problems carried by the liability of incompetent people which is admitted in our legal system, on the grounds of *fairness*. Moreover, we conclude for the obvious lack of typified solutions for protecting incompetent people, facing the demands of the philosophical principle "venia debilium".

This article was first worked during our first year of the PhD in Law, in 2011, at the University of Coimbra, under the supervision of Professor Jorge Sinde Monteiro.

KEY WORDS: Disability, fault, incompetency, liability, mental health.

SUMARIO: I. PRIMEIRA APROXIMAÇÃO.- II. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.- III. CONCRETIZAÇÃO DA INCAPACIDADE CIVIL.- 1. Incapacidade *de facto* e incapacidade *jurídica*.- 2. Concretização da incapacidade civil na Europa.- 3. Menoridade, inabilitação e interdição no ordenamento jurídico português.- A) Protecção do incapaz e suprimento da incapacidade de exercício.- B) A responsabilidade do representante pelos actos do representado.- IV. A DOENÇA MENTAL.- 1. A anomalia psíquica como fundamento da inimputabilidade civil do doente mental.- 2. A imputação do facto ao agente e o problema da *culpa*.- V. BREVES CONCLUSÕES.

I. PRIMEIRA APROXIMAÇÃO.

Chegará uma altura em que a questão da responsabilidade humana, tanto em termos morais gerais como em questões de justiça e da respectiva aplicação, terá em conta a ciência da consciência, que se tem vindo a acumular. Talvez esse momento já tenha chegado.¹

O incomensurável avanço da Medicina e da tecnologia de que Hoje a Psiquiatria e a Neurologia beneficiam proporcionam conhecimentos até há pouco inconcebíveis, e vem determinar a nossa visão de juristas quanto à consideração de alguém como incapaz. Os novos contributos acarretam, naturalmente, particulares exigências quanto ao juízo concreto de inimputabilidade, e também quanto à justificação da não sancionabilidade do inimputável. Trata-se de um problema que muito frequentemente assalta os nossos tribunais, quando é necessário decidir acerca de uma inabilitação, de uma interdição; da inimputabilidade civil ou criminal de uma pessoa relativamente a um facto ilícito. E “...entre o direito e a ciência e a filosofia não pode haver fronteiras que permitam discrepâncias gritantes: os avanços num desses campos reflectir-se-ão inevitavelmente nos outros...”².

A saúde mental, tal como a moralidade e a inteção das ideias de «regra» e de «norma» e a noção de domesticação do homem³ são fulcrais na compreensão da situação da pessoa na sociedade, e na comunidade em que se insere em particular.

¹ DAMÁSIO, A.: *O Livro da Consciência. A construção do Cérebro Consciente* (trad. Luís Oliveira Santos), Temas e Debates (Círculo de Leitores), Lisboa, 2010, p. 49.

² PIZARRO DE ALMEIDA, C.: *Modelos de Inimputabilidade. Da teoria à prática*, Edições Almedina, Coimbra, 2000, p. 13.

³ POLÓNIO, P.: *Psiquiatria Forense*. Coimbra Editora, Lisboa, 1975, p. 33.

A voluntariedade dos actos e as condições do discernimento da pessoa são as pedras-de-toque por excelência do estudo da incapacidade e da inimputabilidade jurídica que se lhe associa⁴. É evidente que a responsabilidade civil não é espoletada apenas pelos actos queridos, cujos efeitos se previu e em função dos quais se agiu; não é este, evidentemente, o sentido de «acto voluntário». Mas pressupõe-se uma capacidade natural de entendimento e acção⁵ para formar uma vontade juridicamente relevante.

É com base neste juízo fundamental acerca da *capacidade de entender e querer* que se determinará se o lesante é ou não imputável, o que, tradicionalmente, conduz a perguntar também pela sua capacidade de *culpa*. É por isso necessário apreciar detidamente os pressupostos do juízo de incapacitação e inimputabilidade civil, reflectindo sobre o que a determina – se qualquer distúrbio psíquico, volitivo ou emocional, ou se apenas uma doença mental «qua tale»⁶.

A Doutrina mais influente entendeu juridicamente incapacitantes quaisquer perturbações da vontade que afectem a capacidade de autodeterminação, independentemente da manutenção de uma *perfeita capacidade de discernimento* e da “inteira capacidade para estabelecer as providências mais apropriadas ao requerimento e estado dos seus interesses”⁷. A segunda oração que trazemos evidencia, claramente, um paradoxo, e impõe estudo e esclarecimento.

A especial sensibilidade humana e jurídica da questão ordena que a tratemos com a seriedade que merece.

II. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

A simples leitura do preceituado no artigo 483.º do nosso Código Civil evidencia a multiplicidade de pressupostos da responsabilidade civil por factos ilícitos. Naturalmente, cada um desses pressupostos apresenta uma construção e uma teleologia próprias no quadro em que se insere.

As primeiras dessas exigências são a verificação de um facto voluntário do lesante e a sua ilicitude.

Um facto considera-se voluntário quando constitua um comportamento ou conduta humana que possa considerar-se objectivamente controlável pela

⁴ Vide artigo 488.º do Código Civil.

⁵ ANTUNES VARELA, J. de M.: *Das Obrigações em geral*, vol. 1, Edições Almedina, 9.º edição, Coimbra, 1996, p. 547.

⁶ A mesma questão é já colocada em FERRER CORREIRA, A.; CORREIA, E.: “Fundamentos da interdição por demência”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 86.º, núm. 3017, p. 305.

⁷ *Ibidem*.

vontade do sujeito. Não significa, portanto, que o sujeito tenha de «querer» cometer o acto, ou estar motivado a praticá-lo e prever as suas consequências, mas apenas que este não é fortuito, que não se encontra fora do âmbito da sua disposição ou controlo. Tal comportamento, como logo se depreenderá, não tem de apresentar um carácter positivo de acção, podendo também consubstanciar uma omissão, conquanto esta seja, concretamente, causa do dano.

Este acto voluntário e danoso, como se disse, terá de ser ilícito para desencadear uma reacção jurídica. No direito civil, a ilicitude pode exprimir-se na violação de um direito de outrem, na violação de uma lei que proteja interesses alheios (conquanto se trate da violação de uma norma legal em cujos fins figure a tutela dos interesses em causa, e o dano se tenha registado no círculo de interesses privados que a lei visa tutelar), ou no abuso de direito⁸.

O conceito de ilicitude não se encontra, também ele, isento de dificuldades e aporias, que têm originado diversas construções dogmáticas.

É certo que a ilicitude exprime sempre algo de contrário ao Direito. Mas podemos concebê-la como a antijuridicidade de um acto ou conduta objectivamente contrários a uma norma jurídica, independentemente de se se verificar ou não uma vontade consciente e livre a dar-lhes origem, como podemos aventar, pelo contrário, que só existe ilicitude nas condutas subjectivamente voluntárias⁹.

É evidente que a tomada de posição nesta contenda depende de uma definição prévia relativamente às funções da própria responsabilidade civil. Tradicionalmente, a função ressarcitória assume o papel fundamental na justificação da responsabilidade civil, afirmando que esta se destina, em primeiríssima linha, a eliminar ou compensar um dano. Mas não pode obliterar-se a finalidade da prevenção, que legitima os expedientes destinados a evitar o dano¹⁰.

Além destas, de que sempre se fala, não pode ignorar-se ainda a possibilidade de admitir uma função punitiva da responsabilidade civil. É reconhecido pela Doutrina que existem «penas civis»¹¹ mas, independentemente disso, perguntamos, não encontraremos já a punibilidade diluída na função ressarcitória, na medida em que a indemnização constitui um padecimento

⁸ ANTUNES VARELA, J. de M.: *Das Obrigações em geral*, cit., pp. 552 a 567.

⁹ Assim, PESSOA JORGE, F.: *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Edições Almedina, Coimbra, 1995, pp. 63 e ss.

¹⁰ CARNEIRO DA FRADA, M.: *Direito Civil e Responsabilidade Civil. O Método do Caso*, Edições Almedina, Coimbra, 2006, pp. 64 a 72.

¹¹ Como a *cláusula penal*. Assim, CARNEIRO FRADA, M., *ibidem*.

económico? Não estará também presente na responsabilidade civil a ideia de *condenação*?

Só assimilando como deva conceber-se a ilicitude poderá então averiguar-se o que deve compreender a expressão “violar ilícitamente o direito de outrem”.¹²

Nem sempre a previsão da ilicitude, enquanto requisito da responsabilidade civil, aparece positivada (por exemplo, nos ordenamentos jurídicos francês e italiano). Isso acontece, essencialmente, porque não se encontram previstos legalmente, de modo nominado, os bens jurídicos protegidos¹³. O nosso Legislador optou por sintetizar no artigo 483.º do Código Civil os n.ºs I e II do § 823 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) alemão. Ainda assim, as discussões persistem.

Ainda que se responda à primeira questão, à luz do nosso ordenamento jurídico, afirmando que a voluntariedade da conduta, em sentido estrito, não é condição da responsabilidade civil – uma vez que ela é também uma resposta aos ilícitos cometidos a título de negligência – subsiste a questão de determinar se o juízo de censura que a ilicitude consubstancia se refere ao comportamento do agente ou ao resultado desse comportamento¹⁴.

Em nossa opinião, devemos considerar que a ilicitude se encontra no comportamento concreto, é característica desse comportamento que se opõe ao Direito, independentemente da motivação (ou ausência de motivação) do lesante para o acto, e independentemente de ele desejar ou não prosseguir um fim contrário ao Direito. A ilicitude relevante para efeitos de responsabilidade civil deve ser uma concreta e objectiva reprovação jurídica de um acto, que justifica o sancionamento do seu autor.

Não será correcto afirmar, sem mais, que a ilicitude é antijuridicidade, como se fosse definível como uma atitude subjectiva contra o Direito. Será mais preciso tomá-la como característica de um comportamento que se opõe às exigências do Direito. A ilicitude é a afirmação de uma incompatibilidade face ao Direito que se manifesta num facto, não uma característica do agente.

Esta concepção de ilicitude que vimos de afirmar tem, segundo cremos, a vantagem de se afastar de uma concepção moral da necessidade de sanção, tornando-a práctico-normativa; afastando a resposta jurídica de uma ideia de

¹² O debate em SINDE MONTEIRO, J.: “Rudimentos de Responsabilidade Civil”, *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, Ano II, 2005, pp. 355 e ss. (pp. 349 – 390)

¹³ Assim, TELES DE MENEZES LEITÃO, L. M.: *Direito das Obrigações*, vol. I, Edições Almedina, Coimbra, 2005, pp. 274 e 275.

¹⁴ *Ibidem*.

castigo pelo *pecado* ou pelos *vícios* da personalidade.

Dito isto, fica designado um outro pressuposto da responsabilidade civil: que o acto possa ser juridicamente imputado a um determinado agente. A imputação do facto ao agente identifica-se, tradicionalmente, com a culpa, por recurso às concepções de dolo e negligência. Tradicionalmente também, pois, a culpa em sentido amplo consiste precisamente na imputação do facto ao agente¹⁵.

Este pressuposto é considerado fundamental, uma vez que a responsabilidade civil independente de culpa é, à luz do nosso ordenamento jurídico, excepcional¹⁶. Naturalmente, esta será uma das nossas preocupações essenciais no presente apontamento, razão pela qual nos debruçaremos *infra*, detidamente, sobre a imputação e a culpa, garantindo-lhes um tratamento autónomo.

Costumou afirmar-se que a ilicitude e a imputação não se confundem, pois enquanto a primeira exprime um juízo de valoração objectivo, pela violação de bens juridicamente protegidos, a segunda traduziria uma censura subjectiva quanto ao comportamento do agente. Ora, naturalmente, este será também um aspecto a debater mais à frente.

Implícito em todo o nosso discurso, e explícito na norma do artigo 483.º do Código Civil, está o facto de que o acto ilícito voluntário provocou um dano a outra pessoa. Em sede de responsabilidade civil, como de resto em todos os âmbitos em que possa verificar-se a função sancionatória do Direito, pode dizer-se, tudo acontece por força da existência de um dano. Afirmar que é a verificação de um dano o motor central da responsabilidade civil significa assumir aquela sua função reparadora ou ressarcitória como primordial, mesmo quando assuma um papel preventivo e/ou repressivo de comportamentos danosos semelhantes¹⁷.

A verificação de um dano juridicamente relevante afere-se, não pela simples violação ilícita de um direito, mas pelo concreto sofrimento de um prejuízo: a tutela do Direito pré-existe à conduta danosa e consubstancia uma garantia de protecção, mas a obrigação de reparar nasce apenas quando, por causa daquele comportamento, sobrevém uma lesão, patrimonial ou moral.

Não obstante, devemos admitir que a preocupação civilista com o dano

¹⁵ Assim em ANTUNES VARELA, J. de M.: *Das Obrigações em geral*, cit., p. 582; DE ALMEIDA COSTA, M. J.: *Direito das Obrigações*, Edições Almedina, Coimbra, 2001, p. 530.

¹⁶ A síntese em SINDE MONTEIRO, J., VELOSO, M^a. M.: “Fault under Portuguese Law” in WIDMER, P. (ed.): *Unification of Tort Law: Fault*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2005, p. 180.

¹⁷ DE FREITAS RANGEL, R. M.: *A Reparação Judicial dos Danos na Responsabilidade Civil. Um olhar sobre a Jurisprudência*, Edições Almedina, Coimbra, 2004, p. 17.

ultrapassa o «aqui e agora» da sua causação, tendo também evidente uma dimensão de prevenção. A obrigação de reparar funcionará como exemplo social da tutela do Direito e da sua imposição coercitiva, pretendendo evidenciar um princípio de organização comunitária.

Consoante o bem jurídico violado e a possibilidade de avaliação pecuniária, o dano apresenta diferentes configurações normativas. Pode ser pessoal ou não pessoal (relativo a pessoa ou a coisa) e corresponder ou não a uma perda patrimonial. Tratando--se de um prejuízo patrimonial, pode caracterizar-se por uma perda ou desfalque no património constituído do sujeito ou, pelo contrário, consubstanciar um lucro cessante ou ganho frustrado¹⁸.

Naturalmente, tem de verificar-se um nexo de causalidade entre o facto e o dano. Este é, tradicionalmente, o domínio que maiores dificuldades tem suscitado no estabelecimento *in concreto* dos pressupostos da responsabilidade civil.

A exigência indefectível desta relação entre a conduta ilícita e o dano causado significa, como é evidente, que não haja que ressarcir todos os danos que sobrevenham ao acto ilícito, mas tão-só os que possam dizer-se produzidos por ele, desempenhando assim um papel de *medida* da responsabilidade civil¹⁹.

Estes são os pressupostos-regra da responsabilidade civil por factos ilícitos, que entendemos referir sumariamente para confrontar com o problema da responsabilização do incapaz adulto, que pode ser civilmente *inimputável*. A responsabilidade do incapaz adulto não se confunde com a responsabilidade objectiva, pois nesta o lesante responde por *caso fortuito* ou de *força maior*²⁰, prescindindo-se «ab initio» da culpa enquanto pressuposto da obrigação de reparar o dano. Naturalmente, tal não equivale à situação de responsabilização do inimputável. Por certo, neste caso, a existência de responsabilidade civil estará também dependente da verificação de um facto ilícito e danoso, mas a imputação em razão da culpa suscitará, evidentemente, perplexidades. Além do mais, como veremos, só haverá lugar à reparação por parte do agente que seja considerado inimputável em situações de excepção, razão pela qual podemos afirmar que a responsabilidade civil do inimputável se encontra dependente da verificação de um espectro mais amplo de pressupostos. Uma primeira tentativa de sistematização de tais pressupostos já conseguida vem sugerir, precisamente, além dos tradicionais, que o facto tenha sido praticado em condições de ser considerado reprovável se houvesse sido praticado por pessoa imputável, que seja impossível obter

¹⁸ As distinções, sumariamente, em DE ALMEIDA COSTA, M. J.: *Direito das Obrigações*, cit., pp. 541 a 548.

¹⁹ DE ALMEIDA COSTA, M. J.: *Direito das Obrigações*, cit., p. 555.

²⁰ Assim, ANTUNES VARELA, J. de M.: *Das Obrigações em geral*, cit., p. 585.

reparação por parte das pessoas obrigadas à vigilância do lesante, e que a sua responsabilização possa justificar--se pela equidade²¹. Todos estes requisitos teremos oportunidade de analisar em breve.

III. CONCRETIZAÇÃO DA INCAPACIDADE CIVIL.

1. Incapacidade *de facto* e incapacidade *jurídica*.

A ausência de capacidade de exercício, como logo se depreenderá, não resulta sempre de uma decisão judicial ou, por força da lei, da condição de menoridade. Ela decorre, muitas vezes, de doença mental ou físico-mental, transitória ou duradoura, ou de um estado de alteração fisiológica decorrente, por exemplo, da ingestão de substâncias como o álcool ou as drogas²².

Também a incapacidade de facto –*rectius*, a que não decorre da lei ou de decisão judicial, dita «incapacidade jurídica»– não pode deixar de apresentar relevo jurídico: naturalmente, o doente mental não interdito ou inabilitado, bem como aquele que agiu sob o efeito de substâncias perturbadoras, quando se prove que a sua condição o tenha impedido de entender ou querer um comportamento ilícito danoso, poderão ver atenuada ou excluída a sua responsabilidade. A distinção, em boa verdade, não terá nenhum relevo prático, à excepção deste: ao abrigo do artigo 488.º/2 do nosso código civil, presumem-se *inimputáveis* os menores de 7 anos e os interditos; dois casos em que a incapacidade jurídica é relevante em sede de responsabilidade civil, situação em que a incapacidade de facto não gera qualquer presunção.

2. Concretização da incapacidade civil na Europa.

Não pode dizer-se que as soluções jurídicas relativamente à incapacidade civil diverjam fortemente no horizonte europeu, embora apresentem características dissemelhantes que merecem, especialmente, referência.

Na Alemanha, à luz do § 104 do BGB, define-se a incapacidade para contratar do doente cuja perturbação mental impeça o exercício da vontade, equiparando-o, para os mesmos efeitos, ao menor de 7 anos de idade. Ao abrigo do § 827, e em conformidade com o artigo anterior, o incapaz adulto não é responsável pelos actos ilícitos danosos que cometa, a menos que se tenha auto-colocado em estado de perturbação, caso em que responderá a

²¹ Assim em ANTUNES VARELA, J. de M.: *Das Obrigações em geral*, cit., p. 586.

²² Vide ROCHA RIBEIRO, G.: *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 151 e ss.

título de negligência.

Numa fórmula reproduzida «ipsis verbis» pelo código civil português, os §§ 828 e 829 prevêm ainda a irresponsabilidade dos menores de 7 anos, por um lado, e a obrigação de reparar os danos por parte dos incapazes, por motivos de equidade, quando não seja possível obter reparação por parte das pessoas obrigadas à sua vigilância.

Assume particular relevo em França o *Code d'Action Social et des Familles*, ao prever nos artigos L114 e L114-2 que deva assegurar-se às pessoas toda a autonomia de que sejam capazes. É considerado *handicap* toda a limitação da acção ou restrição da participação na vida em sociedade em razão de alteração substancial, durável ou definitiva de uma ou mais funções físicas, sensoriais, mentais, cognitivas ou psíquicas.

Por outro lado, as soluções apresentadas pelo código civil francês em matéria de incapacidade apresentam algumas especificidades: o artigo 414-1 começa por estabelecer que, para praticar um acto válido, é necessário encontrar-se «são de espírito». Depreendemos pelo artigo 425 que será *incapaz por anomalia psíquica*, toda a pessoa impossibilitada de prover sozinho aos seus interesses em razão de uma alteração, medicamente constatada, das suas faculdades mentais, impediendo a expressão da sua vontade.

O artigo 414-3 afirma expressamente que aquele que causa dano a outro sob distúrbio mental *não fica menos obrigado à reparação*, mas esta norma deve ser concertada com a que consta do artigo 1384 do código, e estabelece a responsabilidade pelos danos causados pelas pessoas e pelas coisas *por quem se deva responder*, devendo concluir-se que, quando haja obrigação de responder pelo incapaz o dano será ressarcido pelo obrigado mas, se não existe essa obrigação de vigilância ou em caso de incapacidade acidental, a pessoa perturbada não fica exonerada de responder.

É idêntica a solução espanhola, ao prever no artigo 206 a tutela e a curatela dos incapazes, mas muito singular e sugestiva a obrigação da presença do Ministério Público em representação do incapacitando em quaisquer processos de incapacitação. Esta solução espanhola, em particular, parece-nos a mais acertada para garantir a protecção da pessoa para quem se pede a incapacitação, sobretudo se pensarmos que estamos perante processos que se encontram tantas vezes repletos de pressões de toda a ordem. A presença do Ministério Público teria como objectivo garantir que a incapacitação civil serve os interesses do incapacitando e não as conveniências de terceiros. Em Portugal, a intervenção do Ministério Público é meramente acessória^{23,24}

²³ Cfr. artigos 944.º a 947.º do Código de Processo Civil Português.

Interessante notar que, ainda na legislação espanhola, quando se estabelece a obrigação de reparar o dano por parte das pessoas obrigadas a responder por outrem, se mantém uma sugestiva contraposição de “culpa” e “dolo”, insinuante de que, nos vários ordenamentos jurídicos, jogamos ainda com terminologias que poderão evidenciar algumas barreiras semiótias.

Em tudo idêntica às soluções alemã e portuguesa neste âmbito particular é a resolução da legislação italiana, que estabelece também, nos artigos 2046 e 2047, que não responde pelo facto danoso quem, no momento da sua prática, não tinha capacidade de entender ou querer, a menos que tal estado de incapacidade derive de culpa sua. O ressarcimento será devido, em regra, pelo obrigado à vigilância do incapaz, salvo se puder provar a impossibilidade de impedir o facto ou se, por motivos de equidade, dever ser o incapaz a compensar o dano.

Neste breve e genérico relance podemos observar que os regimes europeus em matéria de incapacidades são, no fundamental, muito semelhantes. É patente a preocupação com a regência pessoal e patrimonial das pessoas mentalmente diminuídas e denota-se alguma negligência no que concerne às garantias de uma incapacitação justa²⁵ e que preserve tanto quanto possível a autonomia pessoal.

É especialmente digno de nota o facto de quase sempre haver a possibilidade de exigir ao incapaz a reparação dos danos que haja ilicitamente causado por motivos de equidade. Trata-se de uma questão complexa e delicada num sistema em que a responsabilidade exige, em regra, a *culpa*. O recurso à equidade para garantir que o lesado é ressarcido através dos bens do incapaz, quando o obrigado à vigilância teria em primeira linha a obrigação de reparar o dano, é uma solução estratégica de protecção do lesado, mas que corre o risco de anular ou inutilizar, neste campo, o estatuto de inimputável. A situação agudiza-se especialmente nas situações em que o obrigado à vigilância tenha sido grosseiramente negligente quanto ao seu dever de

²⁴ Acerca do carácter residual da intervenção do Ministério Público em Portugal, em processos de incapacitação, vide TÁVORA VÍTOR, P.: *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 107 a 109.

²⁵ Tomámos contacto pessoal com o seguinte caso, que ilustra bem a nossa preocupação: *A*, marido de *B* e cunhado de *C* (de 47 anos de idade), pretende tornar-se proprietário de um terreno de *C*, contíguo ao seu. Dirige-se à Conservatória do Registo Predial, acompanhado de *B* e *C*, de modo a formalizar uma doação desse terreno por parte de *C*. O conservador responsável entende não proceder à escritura alegando que *C* apresenta anomalia psíquica notória e não compreende o valor da doação que está prestes a levar a cabo, tendo sido pressionada por *A* e *B* para o fazer. Com base nestas declarações do conservador, que pretendia salvaguardar o património de *C*, *A* conseguiu finalmente a interdição de *C*, que havia tentado duas vezes antes sem sucesso, por o tribunal entender que a doença mental de *C* não a impedia de reger o seu património. *A* tornou-se representante legal de *C* e, tal como desejava, pode agora usufruir dos seus bens de acordo com a sua conveniência.

guardar e não tenha, ao contrário do incapaz, meio de ressarcir o prejuízo. Quando o incapaz que tenha agido sem discernimento é obrigado a reparar os danos causados, seja por que motivo for, ele não está a gozar da protecção que supostamente lhe seria concedida pela situação de inimputabilidade civil.

Outra perplexidade espoletada por esta breve análise que fizemos é a permanente confusão, deliberada, entre os doentes mentais e as crianças, nomeadamente para efeitos de inimputabilidade. Este é, sem dúvida, um tópico que merece ser revisto pela Doutrina, à luz dos novos estudos das Ciências e da Medicina quanto à capacidade de discernimento e memória²⁶, que claramente aventam estarmos perante situações inconfundíveis. As crianças merecem, tal como os adultos incapazes, uma protecção adaptada à sua condição e necessidades particulares, o que dificilmente será conseguido através de um critério prescritivo *standard* que oblitere que – em regra – a incapacidade do adulto tende a agravar-se enquanto a da criança tende a desaparecer. Os trabalhos da Psicologia e da Psiquiatria, que se ocupam das diversas componentes da mente sã e suas gradações, expressamente distinguem a mente infantil da mente adulta doente²⁷.

3. Menoridade, inabilitação e interdição no ordenamento jurídico português.

O sistema jurídico deve procurar, inabscindida e continuamente, uma articulação, que é por vezes muito difícil, entre a autonomia da pessoa e a sua protecção face aos outros e a si mesma, de modo a garantir o equilíbrio possível na vida comunitária, com respeito pela sua dignidade essencial. A promoção da autonomia pessoal por parte do Direito traduz-se, essencialmente, na propensão para a manutenção de um máximo possível de capacidade jurídica, em particular no campo do direito civil²⁸.

A pessoa, na sua singularidade, é única e irrepetível, e pretende-se livre e autónoma, regendo-se plenamente pela sua própria vontade individual. Esta pessoa, que é subjectividade autónoma, está no mundo com os outros, razão pela qual, na sua dimensão comunitária, é necessariamente solidária e responsável, co-envolvida e convivente.

É próprio de toda a comunidade do reino animal a protecção dos mais vulneráveis e débeis. No caso dos seres humanos, contudo, e desde a primeira horda humana, esta preocupação evidencia, não um mero instinto

²⁶ Neste sentido, ELLIS, J. W.: “Tort Responsibility of Mentally Disabled Persons”, *American Bar Foundation Research Journal*, vol. 6, núm. 4, 1981, p. 1079 (pp. 1079 -1109).

²⁷ Como *aperitivo*, CASTRO FONSECA, A.: “Um estudo sobre o desenvolvimento moral da criança”, *Revista Portuguesa de Pedagogia*, núm. 21, 1987, pp. 503 a 522.

²⁸ TÁVORA VÍTOR, P.: *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, cit., p. 15.

básico de preservação do máximo de exemplares da espécie em favor da sua manutenção, mas um princípio de solidariedade existencial, coesão e compaixão, corolário de um sentido empático extraordinariamente desenvolvido por força da sofisticação da linguagem. O princípio «*venia debilium*»²⁹, documentado já na Antiguidade bíblica e muito desenvolvido com o direito romano, é espelho disso mesmo.

Naturalmente, o Direito vem reflectir estas expectativas de protecção dos mais vulneráveis, determinando limitações à sua capacidade de exercício em seu benefício próprio. Assim acontece no caso dos menores e dos incapazes por anomalia psíquica.

As incapacidades civis fundam-se em diminuições naturais das faculdades das pessoas, e atingem uma pluralidade de aspectos, com vista à protecção da pessoa no âmbito especificamente visado pela incapacidade³⁰.

A incapacidade civil decorre habitualmente da menoridade, da interdição ou da inabilitação³¹, mas pode também ser proporcionada pelas denominadas «incapacidades acidentais», ou ainda por uma diminuição natural incapacitante sem que tenha havido interdição ou inabilitação³². Em todos estes casos, a pessoa pode não estar apta a praticar ou intervir em determinados negócios jurídicos, como pode ser considerada incapaz de entender ou querer a prática de um acto ilícito danoso.

É *automática* a incapacidade jurídica decorrente da menoridade, ao passo que a interdição e a inabilitação dependem de decretação judicial.

Estamos em crer que a figura jurídica da incapacidade acidental, no específico âmbito da responsabilidade civil por factos ilícitos³³, deveria reservar-se para as situações em que uma pessoa, por força do consumo de álcool ou de estupefacientes³⁴, não se encontra na posse plena das suas faculdades mentais, no sentido de se auto-determinar conscientemente para a prática do facto ilícito, de modo a que se opere uma clara distinção entre estas, que não sofrem de qualquer doença mental, e aquelas que efectivamente sofrem de anomalia psíquica, permanente ou esporadicamente incapacitante, ainda que

²⁹ MENEZES CORDEIRO, A.: *Tratado de Direito Civil*, IV, Parte Geral – Pessoas, Edições Almedina, Coimbra, 2011, pp. 486 e 487.

³⁰ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, J.: *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 173.

³¹ Artigos 122.º a 156.º do Código Civil português.

³² *Idem*, p. 175.

³³ O artigo 257.º do código civil expõe uma concepção particular de «incapacidade acidental» para fazer face às necessidades de tráfego ao nível dos negócios jurídicos, referindo-se apenas à validade da declaração negocial.

³⁴ Eventualmente, também sob o efeito da hipnose.

não se encontrando interditas ou inabilitadas. Ainda que o facto ilícito danoso haja sido cometido por uma pessoa não judicialmente incapacitada, durante um surto pontual, manifestação de uma doença mental que não é permanentemente incapacitante, pensamos que este episódio não deve identificar-se com uma «incapacidade acidental», pois não dependeu do próprio lesante a verificação do surto. Este surto, embora ocasional, é produto de um distúrbio relativamente duradouro ou persistente, que não deve confundir-se com a ingestão de substâncias transtornantes ou qualquer auto-colocação em estado de perturbação.

Como afirmámos, o interesse determinante em sede de incapacidades é o interesse do próprio incapaz³⁵. Isto é por demais evidente ao pensarmos na menoridade. Entende-se que a criança não possui o discernimento suficiente para governar a sua vida e os seus bens, razão pela qual se lhe comina uma incapacidade geral³⁶, que apresenta diferentes níveis de intensidade em diferentes esferas. A menoridade, consubstanciando incapacidade civil, abrange, em regra, quaisquer negócios de natureza pessoal ou patrimonial por parte do menor até que atinja os 18 anos ou até à emancipação pelo casamento³⁷. Ao nível da responsabilidade civil, o artigo 488.º/2 do Código Civil apenas define que se presumem inimputáveis os menores de sete anos³⁸. A responsabilização dos menores é, naturalmente, uma matéria de trato difícil, razão pela qual a maioria dos países europeus não definiu sequer um limite de inimputabilidade³⁹. Em Portugal, a criança pode ser civilmente responsabilizada se tiver consciência das consequências dos seus actos e a capacidade necessária para agir segundo essa consciência⁴⁰, uma solução não isenta de interrogações⁴¹.

A incapacitação em razão de interdição ou inabilitação obedece, naturalmente, a diferentes pressupostos. Desde logo, trata-se neste caso de expedientes de protecção apenas aplicáveis a pessoas maiores de idade, que por algum motivo se vejam incapacitadas de governar a sua vida pessoal e/ou os seus bens, embora a lei permita o requerimento e o decretamento da interdição dentro do ano anterior à maioridade⁴², de modo a que a pessoa se encontre juridicamente protegida em tempo útil.

³⁵ DA MOTA PINTO, C. A.: *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. Por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 227.

³⁶ Vide artigo 123.º CCiv.

³⁷ DA MOTA PINTO, C. A.: *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 228 e ss..

³⁸ A este respeito, SINDE MONTEIRO, J.: “Rudimentos de Responsabilidade Civil”, cit., p. 369.

³⁹ Vide FERREIRA, N.: “The harmonisation of private law in Europe and children’s tort liability: A case of fundamental and children’s rights mainstreaming”, *International Journal of Children’s Rights*, vol. 19, 2011, p.580.

⁴⁰ Veloso, Mª. M.: “Children as Tortfeasors under Portuguese Law”, *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors*, Wien: SpringerWienNewYork, 2006, p. 311.

⁴¹ *Idem*, p. 312.

⁴² DA MOTA PINTO, C. A.: *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 235.

Ao abrigo do regime legal estabelecido nos artigos 138.º e seguintes do Código Civil português, podem ser interditos do exercício dos seus direitos todos aqueles que por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira se mostrem incapazes de governar as suas pessoas e bens. Decretada a interdição, o interdito será equiparado ao menor para a maioria dos efeitos práticos, presumindo-se também a sua inimputabilidade para efeitos de responsabilidade civil⁴³.

Esta colocação da nossa lei é plena de aporias e perplexidades, desde logo no elenco que avança de causas ou pressupostos da interdição. Sublinhe-se que se trata de uma matéria particularmente grave no âmbito do nosso apontamento, razão pela qual deverá merecer toda a atenção.

Teremos oportunidade de analisar *infra*, autonomamente, as dificuldades subjacentes à expressão «anomalia psíquica», no sentido de aferir o que pretende compreender, e qual a sua «ratio iuris» própria. Independentemente desta expressão, porém, sobejam as questões acerca do carácter ou intensidade da surdez-mudez ou cegueira necessários para justificar o requerimento da interdição; questões só relativamente atenuadas pelo facto de se cometer ao expediente da inabilitação, à luz do artigo 152.º, as situações de deficiência física ou mental, permanentes e incapacitantes, de cunho menos grave. Só relativamente atenuadas, porque não existem critérios auxiliares, porque a inabilitação se reserva para a incapacidade de reger o património – «rectius», de dispor «inter vivos» do seu património⁴⁴ – (e não para uma capacidade diminuída de reger a sua pessoa, paradigmaticamente), e ainda, porque somos obrigados a perguntar-nos se não existirão outras situações que justifiquem a interdição.

Quanto ao segundo ponto, seria importante reflectir sobre a possibilidade de a inabilitação, ou outra forma de incapacitação, abranger situações de esporádica inaptidão para reger a própria pessoa, e não apenas o seu património, baseada nas causas tipificadas, ou noutras, como a propensão para estados depressivos, perturbações do humor ou da personalidade não configuráveis como patologia e não permanentemente incapacitantes.

Quanto ao último ponto, podemos pensar, por exemplo, se não poderá justificar-se a interdição de pessoas em estado de coma⁴⁵ ou em estado vegetativo persistente. Admiti-lo significaria facilitar a administração dos bens, jurídicos e patrimoniais, da pessoa que se encontra objectivamente incapaz de se reger, a si mesma e aos seus haveres, protegendo-a. Além do

⁴³ Artigos 139.º e 488.º/2 do Cciv..

⁴⁴ Artigo 153.º/1 Cciv.

⁴⁵ Cfr. Díez-PICAZO, L., GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, p. 241.

mais, saliente-se, é também perfeitamente concebível uma situação em que uma pessoa em coma, ou em estado vegetativo persistente, causa danos a outrem, nomeadamente por omissão de um comportamento. Se, por hipótese, chegar a tribunal um processo de responsabilidade civil (*contractual* ou *extracontractual*) que coloque a pessoa em coma (não auto-induzido)⁴⁶ ou em estado vegetativo persistente na posição de réu, tudo seria agilizado se a pessoa em causa estivesse interdita, pois assim se presumiria a sua inimputabilidade, não sendo necessário provarse que não teve culpa.

Em nosso ver, o que é mais impressionante quando se analisam casos de interdição e inabilitação é, sem dúvida, a ausência de critérios para a sua decretação, como logo se constata num breve relance pela Jurisprudência nacional⁴⁷. Estamos em crer que poucas vezes a perícia médica se revelará suficiente para servir de base a um juízo acerca da capacidade jurídica, ficando sempre muitas incertezas acerca do grau de gravidade de uma mesma doença que separará a decretação da interdição da inabilitação e, bem assim, também muitas dúvidas quanto à legitimidade do juiz para decidir por uma interdição quando haja sido pedida uma inabilitação, ou vice-versa. Outra questão que propomos, por sua vez, é a de saber se poderá diligenciar-se no sentido de obter um parecer, acerca do estado de saúde de uma pessoa para quem se peça a incapacitação civil, a um não médico – por exemplo, um homeopata, um conselheiro espiritual ou um qualquer profissional de *medicina alternativa* que tenha tido contacto com a pessoa em questão e por causa da sua condição particular.

São muitos, portanto, os tópicos de reflexão que poderíamos avançar nesta matéria. A sua mera enunciação, não obstante, deixa o mote para estudos posteriores.

A) Protecção do incapaz e suprimento da incapacidade de exercício.

Enquanto a incapacidade dos menores é, em princípio, suprida por aqueles

⁴⁶ Se o coma for resultado, por exemplo, de embriaguez, o lesante deverá ser responsabilizado (a título de negligência), de acordo com o artigo 488.º/1.

⁴⁷ Vejam-se, a título de exemplo, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 18-12-2002 (Processo n.º 03B1717), de 29-4-2003 (Processo n.º 03A2745) e um mais antigo, de 29-05-1980 (Processo n.º 068800). No primeiro caso, está «sub judice» uma série de irregularidades relativas ao processo de interdição pedido pelo Ministério Público, relativos à perícia médica e em que se duvida que a matéria de facto sustente a interdição; no segundo caso, afirma-se que “a anomalia psíquica é «conditio sine qua non» para que se decrete quer a interdição, quer a inabilitação” e que a falta grave de conhecimentos da vida quotidiana (fruto de um «modus vivendi» particular) não justifica qualquer incapacitação; por último, no terceiro acórdão do Supremo Tribunal afirma-se que o artigo 954.º do Código de Processo Civil permite que o juiz escolha entre decretar a interdição ou a inabilitação, independentemente do pedido, aventando-se que “não existe qualquer valor preferencial ou de hierarquia entre os três meios prévios inquisitórios – parecer do conselho de família, exame médico e interrogatório do arguido – estando todos, por isso, em pé de igualdade”... (Sublinhado nosso.)

que exercem responsabilidades parentais, no caso dos interditos há lugar a representação legal (tutela) e, no caso dos inabilitados, a assistência de curador⁴⁸. Há fortes diferenças teleológicas nestas tutorias, mais uma vez, consoante o que haja motivado a incapacitação civil. Assim, os inabilitados mantêm plena, em princípio, a regência da sua pessoa e a sua capacidade negocial de gozo, pois a inabilitação abrange apenas os actos de disposição entre vivos, e os que mais forem apontados na sentença⁴⁹. Pelo contrário, os interditos por anomalia psíquica estão feridos de incapacidade de gozo quanto, por exemplo, ao casamento e ao testamento, aventando-se que a sua incapacidade é, neste âmbito, insuprível. Mas o mesmo já não acontece também com os interditos por surdez-mudez ou cegueira que, apesar de se encontrarem também sob interdição, apresentam, segundo a Doutrina, maior capacidade de gozo⁵⁰.

Esta solução é compreensível se o surdo-mudo ou o cego apresentarem capacidade de entender e querer realizar um negócio jurídico pessoalíssimo, mas, se assim é, devemos perguntar-nos se a interdição, enquanto forma tão gravosa de incapacitação, se justifica. E, ademais, perguntar também se se justifica que estas pessoas que se entendeu terem capacidade de entender e querer a prática de negócios jurídicos, devem ser consideradas presumivelmente inimputáveis em sede de responsabilidade civil.

Os mesmos institutos vêm abranger um leque talvez demasiado amplo de situações, razão pela qual é depois necessária toda uma construção doutrinária e jurisprudencial que analise a fundamentação do estabelecimento de estatutos substancialmente diferentes.

Quando analisamos o modo como o Direito –a lei, a Jurisprudência e a Doutrina, especialmente– envidam justificar a amplitude da incapacitação e o suprimento das incapacidades, somos levados a acrescentar algumas questões ao rol das que anteriormente expusemos, que se sintetizam numa só: serão válidas, e cumprirão o seu propósito normativo, as figuras da interdição e da inabilitação tal como se encontram ainda plasmadas no nosso Código Civil e como têm sido entendidas pelo Pensamento jurídico?

Por tudo o que vimos de expor, parece-nos que estas construções normativas devem, em nome da justiça material, ser revistas.

B) A responsabilidade do representante pelos actos do representado

O que é sobretudo importante no campo da responsabilidade civil é o facto

⁴⁸ DA MOTA PINTO, C. A.: *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 231 a 243.

⁴⁹ MENEZES CORDEIRO, A.: *Tratado de Direito Civil*, IV, cit., pp. 502 e 503.

⁵⁰ Neste sentido, DA MOTA PINTO, C. A.: *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 236.

de o representante do incapaz, estando obrigado à sua vigilância, responder juridicamente pelos prejuízos que o incapaz cause a outrem⁵¹.

Esta é uma opção legal que se justifica pela obrigação que recai sobre o encarregado da vigilância de prover ao cuidado e diligência necessários para impedir a ocorrência de quaisquer incidentes. O termo «vigilância» deve, pois, ser compreendido, neste âmbito particular, no seu sentido mais amplo, de modo a abranger um dever de vigiar, cuidar e intervir em situações de perigo, com o maior empenhamento possível no sentido de prevenir a causação de danos (ao próprio ou) a outrem.

Teremos oportunidade de analisar *infra* os fundamentos desta solução face à questão da imputação do facto danoso ao lesante. Por agora há que notar que, na maior parte das vezes em que o incapaz provoque um dano pela prática de um acto ilícito, tal dano estará fadado a permanecer sem reparação, por não haver a quem exigir o ressarcimento. Se nem sempre assim sucede é, precisamente, porque existe alguém obrigado à vigilância do incapaz, que não cumpriu o seu dever, e por isso deve responder pelo facto ilícito danoso. Ainda assim, o obrigado à vigilância pode provar que cumpriu regularmente o seu dever de vigilância, ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivesse feito, situações em que, uma vez mais, o dano tenderá a permanecer sem reparação.

Note-se, por último, que a lei civil esclarece que se consideram obrigados à vigilância do incapaz apenas aqueles que a lei ou uma decisão judicial hajam determinado – os responsáveis pelo menor; o representante do interdito; o curador do inabilitado – e não todos aqueles que habitualmente, quotidianamente, possam eventualmente exercer essa função de cuidado e vigilância.

IV. A DOENÇA MENTAL.

1. *A anomalia psíquica* como fundamento da inimputabilidade civil do doente mental.

A discussão acerca da disposição mental para a prática de qualquer acto, inclusivamente, de um acto ilícito, depende «ab initio» da própria ideia de «mente» ou «mental», tão amplamente debatida.

Houve dezenas de tentativas de aproximação ao tema ao longo dos últimos anos, mas nenhuma até agora beneficiou de consenso suficiente.⁵²

⁵¹ Artigo 491.º do Código Civil.

⁵² Vide TENGLAND, P.-A.: *Mental Health. A Philosophical Analysis*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2001, p. 9.

Os principais problemas levantados pela apreciação do que a mente seja prendem-se com a sua imaterialidade, com o facto de não ocupar volume físico; de ser um ente de tempo mas não de espaço. Outra grande dificuldade intrínseca é, evidentemente, a sua acessibilidade exterior.

Do mesmo modo, não existe sequer consenso acerca do que pertence ou não à mente, ou como pode ela ser dividida. É pois importante acentuarmos o que, independentemente da multiplicidade de caracterizações, não pode deixar de estar na mente: Autores tão diversificados quanto Freud, Lacan, Arendt ou Cury identificaram na mente três instâncias distintas. Estes e outros autores denominaram e identificaram diferentemente essas divisões.

Da sua leitura conjunta obtemos a afirmação indecomponível da existência de (1) uma instância inconsciente, (2) uma instância consciente, e de (3) um Eu que não pode identificar-se estritamente com qualquer das divisões anteriores.

É com base numa extremamente complexa noção de mente que deve aferir-se, para efeitos de capacidade jurídica, a saúde mental. As faculdades de entender e querer pressupõem um equilíbrio mínimo do todo mental, e este depende de factores biológicos (neurológicos, em particular), de factores puramente psicológicos (ou *não materiais*; de simbolismo e idealização) e também de factores sócio-culturais (incluindo os aspectos económicos e ambientais). O que acabamos de afirmar, sendo herdeiro do discurso *bio-psico-social* contemporâneo que tudo quer justificar é, por isso mesmo, alvo natural de críticas por parte daqueles que procuram ainda a certeza lógica ou sócio--tecnológica de um modelo restrito, biologista ou sociologista, respectivamente.

Nenhuma dessas interjeições *orgulhosamente sós*, contudo, poderá colocar completamente e ao mesmo nível ambas as premissas do paradoxo de o homem ser e não ser (o que Vercors terá designado) um «animal desnaturado» (vinculado e desvinculável relativamente à sua natureza).

A aferição da inimputabilidade por doença mental («anomalia psíquica») encontra-se sujeita a perícia médica⁵³, ou seja, está dependente de um juízo médico, biológico e psicológico, pelo que são naturalmente pensáveis diferentes modelos de articulação entre a perícia médica e a apreciação do juiz. Note-se que este juízo médico, na base daquela avaliação normativa, não

⁵³ Vejam-se os artigos 949.º e 951.º CCiv.. Os artigos do CCiv. que trazemos, todavia, referem-se apenas ao juízo de interdição ou inabilitação por anomalia psíquica, e não ao concreto juízo de imputabilidade de um doente não interdito ou inabilitado aquando do julgamento, questão a que teremos de voltar.

influencia apenas a medida da sanção mas, muito mais terminantemente, a aplicabilidade da própria sanção.

É hoje mais que evidente que o ordenamento jurídico não pode compactuar com uma distinção/categorização de um sujeito actuante por referência a um qualquer padrão de *normalidade* de um «bonus pater familias». Não pode, porque a História nos mostra, tristemente, como o direito se auto-legitimou para intervir quanto a todos os que fogem às regras do cânone social: homossexuais, prostitutas, opositores políticos e religiosos, doentes mentais. Tal evidência levará a que se defenda que o juízo de incapacidade e inimputabilidade de uma pessoa não pode senão obedecer a critérios médicos⁵⁴, científicos!, e que não cabe ao juiz, como não cabe a nenhum outro convivente, julgar a normalidade de alguém. Esta resposta é avisada e bem intencionada, mas pode ainda não ser completa.

A insinuação que aqui fazemos desdobra-se, abertamente, nestas dimensões: existe uma fissura entre a apreciação médica da saúde mental e o juízo normativo de incapacidade e inimputabilidade, e a inimputabilidade jurídica pode não servir a teleonomologia da responsabilidade. Se já a culpa em sentido normativo não sabe exprimir o que a justifica, também a inimputabilidade pode não (cor)responder às exigências de prevenção ou reparação de danos que o Direito, de um modo ou de outro mas em todos os ramos, arroga, particularmente quando em causa esteja um doente mental.

O problema, como se disse, começa na própria consideração do que deva considerar-se *mental* e, evidentemente, do que deva considerar-se *saúde*⁵⁵. A pergunta implícita acarreta a distinção entre doença ou distúrbio médicos e as perturbações da adaptação, da personalidade ou espirituais.

A Medicina distingue⁵⁶ dezasseis grandes grupos de perturbações da saúde mental: (1) Perturbações que aparecem habitualmente na infância e na adolescência (como a deficiência mental, por exemplo), (2) *Delirium*, demência e outras perturbações cognitivas, (3) Perturbações mentais secundárias a um estado físico geral, (4) Perturbações pela utilização de

⁵⁴ No mesmo sentido e pelas mesmas razões, PIZARRO DE ALMEIDA, C.: *Modelos de Inimputabilidade. Da teoria à prática*, cit., p. 70.

⁵⁵ Interessantes discussões sobre os significados de «saúde» e «saúde mental», por exemplo, em: CORREIA GONÇALVES, P.: *O Estatuto Jurídico do Doente Mental com referência à Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, Quid Iuris Sociedade Editora, Lisboa, 2009, pp. 25 a 29 (ISBN: 978-972-724-437-9); TENGLAND, P.-A.: *Mental Health. A Philosophical Analysis*, cit., pp. 16 a 34; AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION: *DSM-IV-TR: Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais* (trad: José Nunes de Almeida), Climepsi Editores, Lisboa, 2002.

Acerca da evolução e dos propósitos das «ciências da mente», em síntese, CURADO, J. M.: “Os desafios das Ciências da Mente”, *Revista Portuguesa de Bioética*, Suplemento n.º II, 2011, pp. S128 a S174.

⁵⁶ De acordo com o *DSM-IV-TR: Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais*, cit.

substâncias, (5) Esquizofrenia e outras perturbações psicóticas, (6) Perturbações do humor (por exemplo, depressão ou bipolaridade), (7) Perturbações da ansiedade, (8) Perturbações somatoformes, (9) Perturbações factícias, (10) Perturbações dissociativas, (11) Perturbações sexuais e de identidade de género, (12) Perturbações do comportamento alimentar, (13) Perturbações do sono, (14) Perturbações do controlo dos impulsos, (15) Perturbações da adaptação e, finalmente, (16) Perturbações da personalidade.

Evidentemente, a decisão sobre a incapacidade de agir e a subsequente inimputabilidade jurídica concreta não dependem da existência ou inexistência destas perturbações, nem sequer da sua gravidade, mas da específica influência da doença num comportamento em particular.

Sucedem que, para a Medicina, “nem um comportamento desviante (por exemplo, político, religioso ou sexual) nem conflitos primários entre o sujeito e a sociedade são perturbações mentais, a menos que o desvio ou conflito se transformem num sintoma de uma disfunção do sujeito”⁵⁷. E se estes desvios ou conflitos afectam o trato jurídico pela causação de danos, mas não são doenças mentais, como devemos tratá-los? Será o médico a única autoridade, ou a mais idónea, para concertar qualquer apreciação no sentido de activar o instituto da inimputabilidade?

Lembramos, evidentemente, as perturbações espirituais e as particularidades comportamentais que determinam negativamente a convivência e o trato social e que, não podendo consubstanciar doenças mentais em sentido clínico, poderão determinar uma menor capacidade de discernimento. Lembramos, evidentemente, que a pessoa que padece de perturbações da saúde mental pode preferir o auxílio de não médicos e exprimir melhor o que a amotina junto destes. No caso das perturbações espirituais, em particular, não será despiciendo considerar que um cultor espiritual, um representante religioso ou um homeopata, ainda que não legitimados a elaborar um “diagnóstico” «próprio sensu», pudessem encontrar-se em condições de aferir o equilíbrio emocional de uma pessoa.⁵⁸

A saúde mental não será, por certo, um estado de absoluto bem-estar psíquico ou de uso pleno das capacidades cognitivas. De um modo ou de outro, todas as pessoas sofrem, ao longo da vida, de perturbações ao nível da adaptação às circunstâncias, sem que elas configurem, necessariamente, uma patologia. Também não será unicamente a situação de patologia mental a

⁵⁷ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION: *DSM-IV-TR: Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais*, cit., p. XXXI.

⁵⁸ No último congresso do *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*, realizado em Lisboa em 29 de Novembro de 2011, VÍTOR FEYTOR PINTO lembrava que “é necessário que as ciências da saúde tenham sensibilidade para o problema da harmonia espiritual...”.

justificar a inimputabilidade.

Na senda das leituras efectuadas, nomeadamente a partir de Damásio, parecem-nos necessário acercar uma concepção de saúde mental que se afigure especialmente operativa no âmbito jurídico da definição da responsabilidade.

A noção de consciência, e o modo como ela se relaciona com o discernimento, a percepção e a vontade de agir de um determinado modo é absolutamente fulcral para compreender a capacidade de uma pessoa para a prática de um acto ilícito. O problema pode parecer menos relevante em patologias altamente sintomáticas como a esquizofrenia ou o distúrbio bipolar *severo*, mas assume enorme preponderância nas perturbações da consciência em sentido estrito, como a doença de Alzheimer, o coma, o estado vegetativo e o estado vegetativo persistente, bem como nas perturbações do humor não patológicas e nos distúrbios de personalidade ligeiros.

A consciência apresenta uma relação umbilical com as emoções, a memória, a percepção e o exercício cognitivo, e não é um mero produtor ou registador de imagens, mas uma instância organizadora de conteúdos mentais, que os produz e motiva. É fácil compreender que a mente – o conjunto desses conteúdos mentais – porém, só se torna consciente de si quando se lhe acrescenta a subjectividade⁵⁹: as imagens produzidas organicamente só se tornam conscientes quando o *eu* as toma para si, assumindo-se, literalmente, *proprietário intelectual* dos conteúdos produzidos e registados a partir da interacção com o meio e, por derivação, a partir da imaginação. É pois a subjectividade que está em causa na primeira linha das preocupações, e é importante reflectir sobre ela, filosófica, psicológica e juridicamente.

“A consciência”, «*dato sensu*», é o tema que deve interessar aos juristas em matéria de imputabilidade, muito mais do que as teses da culpa. E isto por ser a consciência a força responsável por *gerir e proteger a vida*, física e mental, *de modo eficiente*⁶⁰.

Sabe-se bem que a consciência tem flutuações ou diferentes intensidades, e que será diferente a capacidade de discernimento da pessoa consoante o seu nível de consciência. A consciência de todos os seres humanos sofre flutuações consoante as circunstâncias em que se encontra ou a que é sujeito, que determinam a veemência com que o eu se apropria das imagens.

Na definição dos pressupostos da imputabilidade jurídica, o Direito tem de

⁵⁹ DAMÁSIO, A.: *O Livro da Consciência. A construção do Cérebro Consciente* (trad. Luís Oliveira Santos), Temas e Debates (Círculo de Leitores), Lisboa, 2010, p. 27.

⁶⁰ DAMÁSIO, A.: *O Livro da Consciência. A construção do Cérebro Consciente*, cit., p. 47.

ser o interlocutor privilegiado. Tal significará que o importante é compreender bem o que pretende o Direito com a determinação da inimputabilidade, ao nível da protecção da pessoa mas também dos motivos do não sancionamento da sua conduta. E, sendo a saúde mental um complexo onde a consciência, as emoções, a memória, a percepção e as capacidades cognitivas ocupam funções fundamentais e interdependentemente complementares, as perturbações respectivas, de índole patológica ou não, não devem ser estranhas ao universo jurídico.

O seu estudo é, naturalmente, complexo e demorado, mas parece-nos que deveria ser incentivado, de modo a não perpetuar as perplexidades, indecisões e absurdos que vão ocorrendo nas incapacitações e nos juízos de inimputabilidade.

Por ora, podemos apenas afirmar que o que procuramos saber, quando perguntamos pela capacidade de entender e querer de uma pessoa, não se prende com a censurabilidade do seu acto – que consubstancia a ilicitude – mas com a sua capacidade de *discernimento*: o seu entendimento, o seu sistema de critérios de acção, a sua faculdade de julgar, conjugados na sua aptidão para avaliar, medir e discriminar o que entende de si e do meio que a rodeia.

2. A imputação do facto ao agente e o problema da *culpa*.

Tradicionalmente, diz-se, a imputação do facto ao lesante encontra-se na *culpa*. Para introduzir o tema da imputação, e discutir esta relação com a culpa que liminarmente entendemos privilegiar, propomos reflectir sobre a vontade de cometer um acto e a sua valoração, pragmática, moral e jurídica, em função de algumas considerações hodiernas acerca da sua determinante primeira, sempre negligenciada: a memória.

Sem memória o ser humano não o seria; não seria capaz de aprender, não poderia construir-se, não teria história. Um ser sem história não *é*; a existência do ser depende da sua própria narrativa. É absurdo pensar que um animal poderia sobreviver sem memória.

Nós humanos, dizem-nos, temos diferentes tipos de memória, com diferentes capacidades, durações, profundidade, nitidez. As características das memórias humanas determinam a sua capacidade de *voltar*, pois tão importante quanto a nossa capacidade de reter é a possibilidade de evocar, no momento presente, o que se reteve.

A memória não é, contudo, um complexo e sofisticado aparelho de registo e reprodução; um gravador sensorial. Ela constitui uma constante *força de*

*atração*⁶¹ para todas as formas de representação, para todos os modos, sensoriais e introspectivos de reter tudo o que diga respeito ao Eu. Não apenas da realidade, dos factos quotidianos, da interacção com o meio, mas de tudo o que é construído mentalmente e é, substancialmente inefável e fantástico.

A memória é criativa e destrutiva, constrói-se e anula-se. É muito difícil perceber como e porquê⁶², mas é uma evidência: podemos envolver pensamentos que são puras idealizações como anular a recordação de um acontecimento, e de toda a carga emocional a ele relativa. A todos acontece, e a deliberação será quase sempre inconsciente, incompreensível. Às ciências importa saber onde e como isto acontece; às humanidades importa saber porquê.

A memória é elástica e maleável, por isso manipulável. Adquire sempre mais informação e não está condenada a repetir apenas uma parte dessa informação. O que acontece no presente não condiciona apenas, através da memória, a idealização do futuro, mas também a recordação do passado, cuja reminiscência se altera permanentemente.

É também a memória o que permite conhecer a doença. O que permite sentir-se capaz ou perceber-se incapaz, o que permite valorar uma atitude ou acção ou avaliar uma possibilidade. Porque a consciência moral ou o estado emocional estão dependentes de uma construção biográfica. A construção de um sentido depende sempre de uma rememoração.

Para o Direito é igualmente importante a existência de uma doença mental incapacitante e a consciência dessa doença por parte do sujeito, particularmente para que se compreenda a sua *consciência da ilicitude* de um acto.

A consciência da ilicitude encontra-se incindivelmente relacionada com a percepção da realidade, com a autonomia na valoração de um comportamento e com a faculdade de autodeterminação segundo a consciência. A percepção da realidade implica a capacidade de interpretar o meio ambiente social segundo os padrões estabelecidos, e a valoração do próprio comportamento também depende, precisamente, dessa correcta interpretação dos cânones sociais de acção. A faculdade de autodeterminação conforme a consciência, por sua vez, é qualquer coisa de diferente. A autodeterminação implica a autonomia de decidir por si mesmo. Trata-se de algo que uma pessoa perturbada pode não ter, quer porque se sente

⁶¹ A expressão é de DE MIJOLLA, A., DE MIJOLLA-MELLOR, S.: *Psicanálise* (trad. Carlos de Sousa Almeida), Isabel Almeida e Sousa, Climepsi Editores, Lisboa, 2002, p. 438.

⁶² DAMÁSIO, A.: *O Livro da Consciência. A construção do Cérebro Consciente*, cit., pp. 167 e ss.

compulsivamente impelida a agir num determinado sentido independentemente da sua vontade consciente, quer porque sente que alguns dos seus pensamentos não são realmente seus, e que é forçada por uma entidade heterógena idealizada a adoptar um determinado comportamento.

Está implícita em todo este discurso jurídico uma nota que vale a pena autonomizar neste ponto: a consciência da ilicitude que se exige é diferente consoante esteja em causa uma pessoa não perturbada, relativamente à qual o tribunal apenas averiguará o conhecimento de que o acto cometido é ilícito (a que corresponde, pela negativa, aquilo que a Doutrina penal alemã denominaria como «erro sobre a proibição» – *Verbotsirrtum*⁶³), enquanto a pessoa doente deve compreender, discernir, valorar a ilicitude do seu acto.

É no doente mental, portanto, que encontramos peculiares embaraços da relação entre a memória, o sintoma e a consciência.

O sintoma, enquanto alteração da percepção normal que a pessoa tem relativamente a si, depende da memória de si, acompanhada dessa consciência⁶⁴. Em termos médicos, o sintoma difere do sinal, precisamente porque o sinal pode ser percebido exteriormente, ao passo que a interpretação do sintoma é, em primeira instância, subjectiva. Também por isso, na Semiótica, o sintoma é função de uma relação entre um significante e um significado que depende absolutamente de um contexto particular, de um âmbito pessoal, de uma situação discursiva. Do ponto de vista médico, é uma autoavaliação subjectiva da normalidade.

A existência de um transtorno depende da análise dos sinais e dos sintomas, e esta depende da consciência dos mesmos. O diagnóstico de um transtorno corresponde, no essencial, ao próprio diagnóstico da ilicitude: um acto ilícito não é apenas o produto de impulsos incontrolláveis, o sintoma de um descontrolo inconsciente, ou o resultado da culpabilidade em si, mas é também um *produto da convergência de certos factores culturais e inter-pessoais* da natureza essencial daquele que comete um acto ilícito, que actuam sobre a sua psique⁶⁵.

O direito civil considera inimputável quem esteja incapacitado de entender ou querer um determinado comportamento⁶⁶ consubstanciador de um facto ilícito. Esta opção é juridicamente justificada pela consideração de que o

⁶³ DE FIGUEIREDO DIAS, J.: *Direito Penal – Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, Parte Geral, Tomo I, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Coimbra, 2007, p. 535.

⁶⁴ Assim em FREUD, S.: *Sur la Psychanalyse. Cinq leçons données à la Clark University 1910* (trad. do alemão por Fernand Cambon), Flammarion, Paris, 2010, especialmente pp. 81 a 83.

⁶⁵ LOPES ROCHA, M. A.: “O Subconsciente em Criminologia. Visão psicanalítica do delito”, *Scientia Iuridica*, Ano 18, 1969, p. 568.

⁶⁶ Artigo 488.º/1 do Código Civil português; doravante *CCiv*.

inimputável não tem culpa, o que é mais importante quanto mais veementemente considerarmos a culpa como pressuposto-regra⁶⁷ ou fundamento⁶⁸ da responsabilidade civil^{69,70}

Colocada a questão nestes termos, compreende-se com naturalidade que se tenha procedido a uma construção normativa da ideia de culpa como elemento funcional do tráfego jurídico, embora tal construção não corresponda – nem aparentemente pretenda corresponder – a pressupostos biológicos, psíquicos ou sociais do que a culpa efectivamente é⁷¹.

Diferentes Autores se vão pronunciando, mais ou menos alternadamente, por uma valoração normativa *concreta* ou *abstracta* da culpa, vale dizer, por uma valoração que leve sobretudo em conta aspectos particulares da personalidade do agente e da história da sua relação pessoal com a juridicidade, ou que valore sobremaneira a sua conduta propriamente dita em face da que seria expectável por parte de um «bonus pater familias»⁷². Não obstante, é acentuada a tendência dos juristas para evitar os aspectos íntimos do agente, por ser supostamente obscuro o universo das emoções, em aberta contradição ao âmbito jurídico, universo de certeza e de segurança...

A concepção normativa do conceito de culpa refere-a assim como *censurabilidade* por o agente ter agido como agiu⁷³, sendo aceite pelo jurista comum como um juízo de valor/censura sobre a prática de um facto. Afirmar esta concepção, porém, não esclarece o que se censura (*se o facto na sua revelação objectiva, se a inobservância da norma (...); se a personalidade ou atitude interna manifestada no facto e que o fundamenta*)⁷⁴.

Outra distinção habitual serve ao nível dos pressupostos da culpabilidade. Tradicionalmente, a culpa exigiria, objetivamente, a *antijuridicidade* e,

⁶⁷ Do modo mais completo, ANTUNES VARELA, J. de M.: *Das Obrigações em geral*, cit., pp. 540 e ss.

⁶⁸ “A culpa é fundamento da responsabilidade civil”. BYDLINSKI, F.: *System und Prinzipien des Privatrechts*, SpringerWienNewYork, 1996, especialmente, pp. 189 e ss..

⁶⁹ Cfr. artigo 483.º/2 Cciv.

⁷⁰ Cfr. DE SÁ E MELLO, A.: “Critérios de Apreciação da Culpa na Responsabilidade Civil (Breve Anotação ao Regime do Código)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 49, 1989, pp. 519-543.

⁷¹ “... este conceito psicológico de culpa acabou por soçobrar perante as críticas de que toda a orientação positivista-naturalista se tornou passível desde os começos do séc. XX.; e, concretamente quanto ao conceito de culpa, perante a descoberta de que a censura ao agente em que a culpa há-de traduzir-se não tem só a ver com elementos de raiz psicológica, mas também – porventura sobretudo – com momentos normativos”. DE FIGUEIREDO DIAS, J.: *Direito Penal – Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, cit., p. 512. Cfr. SINDE MONTEIRO, J. F.: *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil (Curso de Mestrado)*, (polic.), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2001, pp. 36 a 39.

⁷² Em síntese, JUNQUEIRA CALIXTO, M.: *A Culpa na Responsabilidade Civil. Estrutura e Função*, Renovar, Rio de Janeiro, 2008, pp. 13 a 15.

⁷³ FRANK: *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, *apud* DE FIGUEIREDO DIAS, J.: *Direito Penal – Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, cit., p. 512.

⁷⁴ *Idem*, p. 513.

subjetivamente, a *imputabilidade* do agente. A imputabilidade do sujeito lesante, compreendendo a sua capacidade de entender e querer determinada conduta e o discernimento suficiente para depreender o seu carácter antijurídico, manifestar-se-ia, por sua vez, em dois aspectos fundamentais: a *maturidade* e a *sanidade mental*⁷⁵. É com base nestas duas dimensões da imputabilidade do agente que pode afirmar-se nitidamente a distinção entre capacidade natural, capacidade negocial, capacidade delitual e capacidade para consentir⁷⁶⁻⁷⁷.

Mas perguntar o que é, efectivamente, a culpa pode levar-nos para longe do atarracado universo do Direito.

A culpa começa por ser, ao nível interno do sujeito, uma emoção. Freud foi o pioneiro na exploração do potencial patológico das emoções alteradas⁷⁸, sublinhando a sua fulcralidade. No estudo das emoções emergem duas ideias essenciais bastante complexas: por um lado, a de que as emoções se relacionam com todo o raciocínio, toda a intuição, todo o juízo e toda a acção, determinando cada modo de expressão humana, pessoal ou profissional⁷⁹; por outro lado, a de que boa parte destes mecanismos, e em porção significativa da sua extensão, se tornam operativos sem qualquer deliberação consciente, à revelia da possibilidade de *tradução* proporcionada pela linguagem⁸⁰.

Detendo-nos no fundamental, devemos perguntar-nos como se afere a atitude íntima do agente, de modo a valorar se ela é ou não contrária ou indiferente ao Direito, e se tal atitude é ou não discernida. O exame a fazer só pode ser um exame comportamental e biográfico, e por isso mesmo um exame que não pode mais do que demonstrar manifestações de motivos circunstanciais e não exactamente uma *atitude íntima*.

⁷⁵ Em resumo, JUNQUEIRA CALIXTO, M.: *A Culpa na Responsabilidade Civil. Estrutura e Função*, cit., pp. 23 a 30.

⁷⁶ Detidamente em DIAS PEREIRA, A. G.: *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, Centro de Direito Biomédico (FDUC), Coimbra, 2004, pp. 148 a 173.

⁷⁷ Particularmente interessante é a concepção de AMELUNG ao pressupor (na capacidade para consentir, sobre a qual se detém) a existência de um *sistema de valores subjectivo (Wertsystem)* e a *capacidade para compreender os factos e os processos causais (Tatsachenentscheidung)*, a par com a capacidade para compreender as alternativas e se autodeterminar com base na avaliação pessoal. Vide DIAS PEREIRA, A. G.: *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, cit., pp. 154 a 160.

⁷⁸ DAMÁSIO, A.: *O Sentimento de Si – O Corpo, a Emoção e a Neurobiologia da Consciência* (trad. P. E. A. e António Damásio), Publicações Europa-América, 16.ª edição, Mem Martins, 2008, p. 59.

⁷⁹ “... A ideia que cada um de nós elabora acerca de si mesmo (...) baseia-se na memória autobiográfica, é construída ao longo de anos e é constantemente sujeita a remodelação. Creio que uma grande parte dessa construção ocorre de forma não consciente, e a sua própria remodelação também não é consciente...” *Idem*, p. 259.

⁸⁰ *Idem*, especialmente pp. 68 e 69 e 105 a 109.

Repare-se que facilmente vislumbramos os elementos intelectuais do dolo ou da negligência no acto de um incapaz – é indesmentível que este pode querer praticar um acto ilícito, ou descuidar-se quando poderia ter estado atento, ainda e quando sofra de uma doença mental permanente e irreversível, e mesmo estando interditado. Isto acontece porque a culpa de que o Direito fala é uma construção sua e, factualmente, não existe qualquer relação entre a vontade e um sentimento de culpa⁸¹. Por todas as razões que depreendemos das afirmações anteriores, a manutenção da construção normativa da culpa veio a sedimentar-se⁸² numa ficção necessária: a de que a expressão de um juízo de censura ao nível da ilicitude depende da prévia aferição da imputabilidade do agente. Ora, naturalmente, a ilicitude tem de aferir-se objetivamente a partir do próprio facto e não a partir das características do agente. O denominador operativo deve ser, em primeira intância, o da ilicitude, aferida por referência aos princípios e exigências fundamentais que o sistema jurídico vigente exprime e reivindica. Só assim podemos afirmar que o Direito pretende sancionar actos ou condutas e não a personalidade ou doença mental de uma pessoa.

Se considerarmos que o juízo de ilicitude depende da não conformidade com a juridicidade expressa no facto danoso, que o juízo de inimputabilidade está dependente apenas de uma avaliação casuística do discernimento do agente, e que o dolo e a negligência se aferem pelo grau de consciência das consequências de uma conduta ilícita, podemos perceber a inutilidade de se falar em *culpa*. Em sede de reparação de danos, a possibilidade de se proceder ao ressarcimento recorrendo ao próprio incapaz, por motivos de equidade, reforça a inutilidade do princípio da culpa.

A nossa preocupação, mesmo antes da discussão dogmática concernente à valia do princípio da culpa, é a de que a imputação do facto ao agente deve traduzir isso mesmo. A inimputabilidade baseada na culpa é uma construção de alicerces voláteis e a sua validade é sempre dubitável.

Se o juízo de ilicitude e a sanção civil que ele pode acarretar são dirigidos à pessoa obrigada à vigilância, isso acontece, não porque o inimputável não tenha culpa pelo que fez, mas porque o direito entendeu não o escolher para responder em primeira linha, em virtude de existir alguém cuja capacidade civil é mais extensa e que tem para com o incapaz um dever de protecção,

⁸¹ Cfr. CURADO, M.: “Os desafios das ciências da mente”, *Revista Portuguesa de Bioética*, suplemento n.º II, 2011, p. S131: “Categorias de análise do comportamento como a de «vontade» e a de «responsabilidade» dependem do nível de conhecimento científico de uma época. Quando este conhecimento aumenta, aquelas diminuem. Mesmo que ainda não se tenha alcançado um estado de transparência completa sobre a origem dos comportamentos e das intenções, o que já se sabe tende a desresponsabilizar os indivíduos”.

⁸² A história da culpa no direito civil, sumariamente, em EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principles of European Tort Law*, Springer Verlag, Wien, 2005, pp. 67 e 68.

vigilância, cuidado e auxílio.

O facto de a lei prever que, por razões de equidade, o inimputável poderá ter de avançar com a indemnização é, como dissemos, um forte indicio de que a responsabilização por factos ilícitos danosos não tem de depender da culpa, mas da imputação do facto ao agente em articulação com a concreta «ratio iuris» das normas que protegem os incapazes.

Além de tudo, é importante referir que uma relativização do princípio da culpa em favor da preocupação concreta com a imputação «stricto sensu» também deve promover a autonomia e a responsabilidade, impulsionando soluções diferentes – mais humanas, menos humilhantes e desonrosas – que o juízo de inimputabilidade civil ou a interdição que lhe preceda ou que dele decorra. É incomportável que se mantenham na Doutrina afirmações como a de que os actos dos doentes mentais devem ser comparados aos actos dos animais, ou de que a ausência de culpa deriva da inconsciência⁸³. Por exemplo, a impulsividade ou involuntariedade dos actos comuns, ditos *inconscientes*, não significam, felizmente, que o ser humano que os pratica não tem consciência. Significam, isso sim, que alguns actos humanos são como que *automáticos*, porque os níveis de consciência oscilam. Ora, faria que cada um de nós não respondesse nunca pelos actos quotidianos *inconscientes*!

Felizmente, a maioria dos actos no nosso dia-a-dia, quebrar um objecto de um amigo, danificar um livro do pai, chegar atrasado a um encontro ou esquecer-se de devolver um filme emprestado na data acordada – não chegam a reclamar solução jurídica, pois são resolvidos pelo trato social comum. São actos *inconscientes*, não deliberados, em que a memória ou a diligência no lidar com a sucessão de acontecimentos nos atraíam. Será que por isso se pode afirmar que se não nos pode imputar o facto? Imaginemos que o objecto danificado tem grande valor ou que a falta ao encontro é causa de lucros cessantes juridicamente atendíveis, diremos que somos inimputáveis porque foi «sem querer» e «não temos culpa»? Independentemente de uma pessoa ser ou não portadora de anomalia psíquica, de surdez-mudez, ou tão só de uma angústia depressiva de inadaptação, ou de stress quotidiano, será por vezes muito difícil admitir quem poderia ou não, objectivamente, ter agido de outra maneira.

Não nos parece que possa, portanto, colocar-se a questão nestes termos para justificar a inimputabilidade civil.

O Direito não pode dissimular a realidade para que ela se adapte a uma

⁸³ Assim em LABBE, J.-E.: “De la démence du point de vue de la responsabilité et de l'imputabilité en matière civile” (extraits), in CAVAL, S.: *La construction de la responsabilité civile*, PUF, Paris, 2001, pp. 201 a 205.

construção normativa. O acto só pode ser imputado a quem o cometa, e não pode deixar de ser objectivamente imputado a alguém. Se queremos justificar que um agente não responsa civilmente, nomeadamente pela sua menor capacidade de discernimento e pelo seu permanente sofrimento psíquico, devemos justificar a ocorrência do acto danoso com a antijuridicidade, a montante, de uma omissão – a da vigilância de uma pessoa de capacidade jurídica menos ampla.

V. BREVES CONCLUSÕES.

As soluções jurídicas nesta matéria sensível devem ser conciliadoras de interesses difusos e, por vezes, até contraditórios: a protecção do incapaz lesante; o ressarcimento do lesado; a garantia das exigências reivindicadas pela sociedade ao Direito, em nome da justiça, da paz e da segurança. No mesmo sentido, devem também ser soluções de garantia das prerrogativas inerentes à inimputabilidade, paradigmaticamente, da não responsabilização civil.

Para tal é indispensável reflectir, como afirmámos, acerca das razões que levam a não exigir reparação de danos aos inimputáveis. Parece-nos que, embora a justificação tradicional vá de encontro, de novo, à questão da culpa, esta apenas camufla, por inércia, o objectivo primordial, plasmado no princípio «*venia debilium*»: um dos modos de o Direito proteger o incapaz por doença mental face à indiferença e aos tradicionais abusos por parte da *sociedade dos normais* é afirmar normativamente que não permite que ele seja responsabilizado perante as outras pessoas pelos actos ilícitos danosos que haja cometido por falta de discernimento. Não se trata tanto de afirmar que o doente mental não é capaz de culpa quanto de declarar que é muito mais importante protegê-lo do que sancioná-lo, porque é especialmente vulnerável.

Neste breve apontamento pudemos perceber algumas aporias às soluções costumadas quando se encontram a incapacidade e a responsabilidade civil. Desde logo, é evidente que continua ser necessário reflectir doutrinalmente acerca da ilicitude, de modo a que a sua construção normativa consubstancie absoluta e estritamente um juízo de censura por parte do Direito e em relação ao facto concreto, independentemente das características pessoais do agente, que só devem valer em sede de imputação. A par com isto, naturalmente, a actualidade sempre deveniente exige que se continue a pensar sobre as funções da responsabilidade civil.

Por outro lado, é necessário repensar, ao nível europeu, os modos de garantia de uma incapacitação justa, de modo a assegurar que a interdição e a

inabilitação servem efectivamente os interesses do incapaz, protegendo-o, e não os interesses de terceiros. Relacionada com esta perplexidade está ainda a falta de arrimos normativos que justifiquem concretamente a incapacitação, concretizando as situações de inabilitação e de interdição. A meditação sobre este assunto deve também procurar responder à necessidade de abranger com a incapacitação situações actualmente não tipificadas.

Outro problema aqui em causa é o da responsabilização do inimputável por razões de equidade, uma vez que, responsabilizando-o, se anula o seu estatuto e se coloca absolutamente em causa a construção doutrinal relativa aos fundamentos da inimputabilidade.

Em todo o nosso discurso ficou também manifestada a necessidade fulcral de pensar e aproveitar os conteúdos trazidos pelas ciências que se ocupam da mente, da consciência, do discernimento e da subjectividade. Sem tomar em conta estes contributos práticos, a legislação nesta matéria não será mais do que um conjunto de fórmulas, vazias de conteúdo, repletas de aporias e de difícil concretização praxística.

Transversalmente, colocámos também em causa a valia prática do *princípio da culpa* nesta matéria, mostrando-nos favoráveis à procura de uma fundamentação concreta de carácter menos moralista ou confessional, nomeadamente em benefício da reflexão sobre o princípio «*venia debilium*» e das razões pelas quais se não sancionam os inimputáveis, no quadro das funções cometidas à responsabilidade civil.

Dentro dos constrangimentos de tempo e de espaço procurámos, pois, abrir caminhos de pesquisa e reflexão que incentivem soluções mais adequadas aos problemas que vão surgindo na actualidade jurídica, manifestando as preocupações mais prementes surgidas do cruzamento entre a doença mental, a incapacidade e a responsabilidade civil.