

# O INTERNAMENTO DO MAIOR (DES)ACOMPANHADO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

INÊS ESPINHAÇO GOMES

**Resumo:** as normas do RJMA que preveem o internamento compulsivo do maior acompanhado, enquanto medidas legislativas privativas da liberdade física, violam os preceitos constitucionais que imperam no contexto das restrições dos direitos fundamentais. Tal decorre, quer de uma interpretação mais estrita, com base no princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade, quer de um entendimento mais moderado, que tolera restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, contudo não prescindindo da observância dos princípios de um Estado de direitos fundamentais

**Palavras-chave:** direitos fundamentais; internamento compulsivo; liberdade física; restrições.

**Abstract:** *the rules of the custodianship act that provide for the compulsory internment of the adult person, as legislative measures that deprive physical liberty, violate the constitutional demands that prevail in the context of restrictions on fundamental rights. This follows, on the one hand, from a stricter interpretation, based on the principle of the constitutional typicality of deprivation of liberty measures, and on the other hand, from a more moderate understanding, which tolerates restrictions that are not expressly authorized by the Constitution, without disregarding the respect of the principles of a State of fundamental rights.*

**Keywords:** *compulsory internment; fundamental rights; physical liberty; restrictions.*

## 1. O DIREITO À LIBERDADE

### 1.1. O bem jurídico jusfundamental em perspetiva

As *liberdades individuais* correspondem a esferas de autonomia individual, espaços de conformação pessoal, de autorregulação, e reconduzem-se a “possibilidades de escolha de um comportamento”<sup>1</sup> ou à “possibilidade de orientar a sua própria vontade”<sup>2</sup>. Assim, prevê-se um direito de atuar e de deter o controlo dessa atuação, dependendo apenas de si próprio. Esta compreensão, que manifesta aquilo a que se chamaria de “liberdade positiva”, ou, mais especificamente, “autonomia”, acompanha uma outra, precedente, a da

---

<sup>1</sup> GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Coimbra: Almedina, 2003, p. 1260.

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto, *Eguaglianza e Libertà*, Torino: Einaudi, 2009, p. 48.

“liberdade negativa”<sup>3</sup>. Referimo-nos, pois, a um direito de atuar sem interferência, portanto, denotando a outra faceta da liberdade, enquanto imposição de abstenção e de não-intromissão estadual. Esta perspetiva imprime às liberdades uma ideia de “direitos a ações negativas” ou de “direitos de defesa” (*Abwehrrechte*) em face a um Estado abstencionista ou negativo<sup>4</sup>.

Invariavelmente, o tempo e a evolução dos direitos fundamentais cuidaram de demonstrar que aquela visão cravada no mote liberalista não sobreviveria à luz das exigências hodiernas<sup>5</sup>, passando a reclamar-se, em relação àquelas liberdades, e assim também em relação a outros direitos fundamentais, prestações estaduais positivas, mediante uma “concreta reivindicação legal de direito” (*konkrete Rechtsansprüche*) decorrente de um “dever de proteção estadual” (*Schutzpflicht*), como tem sido referenciado na doutrina alemã<sup>6</sup>, ou, entre nós, “uma função de prestação”<sup>7</sup>, no âmbito dos “direitos a prestações positivas”<sup>8</sup>. Fala-se de uma “liberdade efetiva”<sup>9</sup>, que não se basta com uma não interferência, pois que uma atuação livre pressupõe “a capacidade jurídica e material de concretizar as possibilidades abstratas garantidas pelas constituições liberais”<sup>10</sup>, ou seja, a ideia de que só se atua em liberdade se previamente habilitado ou capacitado para atuar. Significa, pois, que os direitos fundamentais, mormente, as liberdades de que aqui tratamos, não são intocáveis. Pelo contrário, exige-se uma estadual interventiva que procure acomodar os direitos, conferir-lhes exequibilidade, regulá-los, protegê-los, promovê-los e harmonizá-los<sup>11</sup>.

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto, *Teoria Generale della Politica* (A cura di Michelangelo Bovero), Piccola Biblioteca Einaudi, 2009, pp. 190-191 e 940-941, que se referia à liberdade negativa como a conceção clássica e liberal de liberdade (ação sem interferência) e à liberdade positiva ou autonomia como noção democratizada (vontade e autorregulação). Os conceitos que aquele autor introduziu (1954) foram depois retomados por Isaiah Berlin, no seu manifesto “The Two Concepts of Liberty” (1958) em *Four Essays on Liberty*, First Edition, Oxford Paperbacks, 1969, embora não isento de críticas, como em MacCallum, Gerald C., “Negative and Positive Freedom”, *The Philosophical Review*, Vol. 76, Issue 3, 1967, pp. 312 e ss..

<sup>4</sup> GOMES CANOTILHO (nota 1), pp. 1259-1260; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.ª edição, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 49-51.

<sup>5</sup> VIEIRA DE ANDRADE (nota 4) pp. 49-103.

<sup>6</sup> Entre outros, BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, pp. 151-154, PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte Staatsrecht II*, 25 Auflage, Heidelberg: C.F. Müller, 2009, pp. 29-30, ALEXY, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, 2.ª Edición, Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012 (traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido de *Theorie der Grundrechte*, 8 Auflage, Suhrkamp, 1986), p. 383.

<sup>7</sup> MIRANDA, Jorge, “Artigo 18.º”, in MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada — Volume I*, 2.ª edição revista, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, p. 252.

<sup>8</sup> GOMES CANOTILHO (nota 1), p. 1259; MIRANDA Jorge, *Direitos Fundamentais*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 127-128.

<sup>9</sup> SWIFT, Adam, *Political Philosophy: A Beginners' Guide for Students and Politicians*, Third Edition, Cambridge: Polity Press, 2014, pp. 61 e ss..

<sup>10</sup> BOBBIO (nota 3), pp. 941-942.

<sup>11</sup> MIRANDA (nota 7), p. 252.

## 1.2. O artigo 27.º da Constituição da República Portuguesa

A relevância da liberdade, enquanto bem jurídico jusfundamental e direito fundamental e humano, é denotada pela sua consagração no articulado da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) — a qual serve de parâmetro interpretativo dos direitos fundamentais consagrados na Constituição da República Portuguesa, doravante CRP (art. 16.º, n.º 2) — como o primeiro direito substantivo protegido por este documento internacional, ao lado do direito à vida e do direito à segurança (art. 3.º)<sup>12</sup>.

Particularmente, o art. 27.º, n.º 1, da CRP<sup>13</sup> prevê que “todos têm o direito à liberdade e à segurança”. Por *liberdade*, no contexto deste resguardo, deve entender-se a “liberdade física” e “de movimentos”<sup>14</sup> (“corpóreos”<sup>15</sup>), a “liberdade ambulatória”<sup>16</sup>, a “liberdade corporal-espacial de movimento”<sup>17</sup>, a “possibilidade de movimentação sem constrangimentos”<sup>18</sup>, isto é, *i)* o direito de não ser sujeito a detenção nem a prisão, *ii)* o direito de não ser, de modo coativo, fisicamente constrangido ou confinado e, de acordo com o que vimos sufragando, *iii)* o direito à proteção estadual contra as ofensas àqueles direitos<sup>19</sup>. Assim, o preceito pretende acautelar aquela(s) liberdade(s) em “particular” e não uma ideia de liberdade “geral”, como bem firmado na jurisprudência constitucional<sup>20</sup> e segundo entendimento no plano internacional<sup>21</sup>.

Distingue-se, pois, a “liberdade pessoal”<sup>22</sup> acautelada no art. 27.º da CRP de aquelas outras protegidas noutros incisos da Constituição, como a “liberdade de expressão e de informação” (art. 37.º), “liberdade de consciência, de religião e de culto” (art. 41.º), “liberdade de criação cultural” (art. 42.º), “liberdade de aprender e ensinar” (art. 43.º), “liberdade de associação” (art. 46.º), “liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública” (art. 47.º), “liberdade

<sup>12</sup> *Human Rights Committee, Draft general comment No. 35 Article 9: Liberty and security of person*, CCPR/C/GC/R.35/Rev.3, 10 April 2014, para. 2.

<sup>13</sup> Com paralelo nos arts. 3.º da DUDH, 9.º do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), 5.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e 6.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

<sup>14</sup> GOMES CANOTILHO, J.J., VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada — Volume I*, 4.ª edição revista, Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 478.

<sup>15</sup> MOUTINHO, José Lobo, “Artigo 27.º”, in MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada — Volume I*, 2.ª edição revista, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, p. 464.

<sup>16</sup> MOUTINHO (nota 15), p. 464.

<sup>17</sup> AC. TC n.º 54/2012, ponto 5.

<sup>18</sup> AC. TC n.º 463/2016, ponto 2.3..

<sup>19</sup> GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA (nota 14), p. 478. Também o TC se apoiou nestas ideias, que aqui procurámos compilar: para além das decisões referidas *supra*, entre outras, AC. TC n.º 471/01, pontos 4.1. e 5, AC. TC n.º 181/2010, ponto 4, e AC. TC n.º 204/2015, ponto 2.2..

<sup>20</sup> AC. TC n.º 471/01, ponto 4.1., reiterando jurisprudência anterior; também GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA (nota 14), p. 478.

<sup>21</sup> Por exemplo, relativamente ao art. 9.º do PIDCP, veja-se *Human Rights Committee* (nota 12), para. 3, que se refere a “*freedom from confinement of the body, not a general freedom of action*”.

<sup>22</sup> GOMES CANOTILHO (nota 1), p. 1259.

sindical” (art. 55.º), o direito à livre iniciativa privada (art. 61.º) ou, ainda, o direito ao (livre) desenvolvimento da personalidade e autoconformação da identidade (art. 26.º).

Mas é, sobretudo, importante demarcar que a “liberdade de *movimentos*”, ou “liberdade *corporal-espacial de movimento*”, prevista no art. 27.º da CRP, não deve ser confundida com a liberdade de *movimento de um lugar para o outro*, incluído no direito à deslocação (interna ou transfronteiriça), prevista no art. 44.º da CRP, embora sendo esta o corolário daquela<sup>23</sup>. Enquanto que, como dissemos, o direito à liberdade, acautelado no artigo que ora aqui nos traz, integra o direito de não ser detido, aprisionado ou de outro modo fisicamente confinado, já a liberdade de deslocação protege o direito de não ser impedido de se deslocar para ou dentro de certo local ou região (ou de aí fixar residência), ou, de uma outra perspetiva, o direito a não ser obrigado a permanecer (ou a fixar residência) num certo local ou região.

Por esse motivo, não estamos convencidos de que a liberdade física acautelada no art. 27.º possa ser compreendida como a liberdade de “ir e de vir”<sup>24</sup>, sob pena de estarmos a sobrepor os conteúdos jusfundamentais destes direitos distintos. Veja-se que, neste sentido, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) destrinçou o direito à liberdade física, previsto no art. 5.º da CEDH, do direito à liberdade de movimento, previsto no art. 2.º do Protocolo n.º 14<sup>25</sup>.

## 2. AS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS

### 2.1. O espetro terminológico

Se, há pouco, dizíamos que as liberdades não são intocáveis, acrescentamos, agora, que não são absolutas. Não só a intervenção estatal poderá (ou deverá) passar por regular, proteger, promover e harmonizar os direitos, como poderá implicar restrições dos mesmos. É a própria Constituição (art. 18.º, n.º 2 e n.º 3) que, ultrapassando as conceções clássicas dos direitos fundamentais, possibilita esta afetação, quanto aos direitos, liberdades e garantias<sup>26</sup>. E quanto a esta matéria movediça já profundas considerações se teceram.

Contudo, releva evidenciar que a Constituição Portuguesa não optou por uma cláusula geral de restrições de direitos fundamentais, como sucedeu com

<sup>23</sup> GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, (nota 14), pp. 631-632.

<sup>24</sup> Como referiu o TC, por exemplo, no AC. n.º 471/01, ponto 4.1.; também MOUTINHO (nota 15), p. 464.

<sup>25</sup> Por exemplo, AC. do TEDH *Tommaso v. Italy*, Application no. 43395/09, 23/02/2017, para. 80.

<sup>26</sup> MIRANDA (nota 7), p. 233. Explicando, também, REIS NOVAIS, Jorge, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 16-19.

a Lei Fundamental Alemã, no seu art. 19.º. Aliás, o legislador constituinte recusou mesmo essa hipótese, temendo que os titulares do poder público encontrassem, nessa cláusula, um argumento jurídico-constitucional de derrogação injustificada das normas consagradoras de direitos fundamentais, à semelhança do que aconteceu à luz do § 1.º do art. 8.º da Constituição de 1933<sup>27</sup>. Daí que, por ausência de tal princípio geral, as restrições tenham de estar “credenciadas” no texto constitucional<sup>28</sup> — veremos que não em termos absolutos —, funcionando não só como autorizações, mas também como alertas ao legislador para o significado e alcance da restrição do direito (“função de advertência”)<sup>29</sup>.

Para alguns, importará, numa primeira etapa, distinguir *restrições* de “limites específicos”<sup>30</sup> ou de “limites imanentes”<sup>31</sup>, os quais não integrarão o âmbito de proteção constitucional de um dado direito, para assim evitar ponderações que contendam com colisões meramente “aparentes”<sup>32</sup>. Estes limites resultam quer da própria previsão constitucional (“limites imanentes expressos”)<sup>33</sup>, quer da delimitação abstrata dos contornos do conteúdo de proteção do direito, decorrente de um exercício interpretativo (“limites imanentes implícitos”)<sup>34</sup>. Para outro entendimento, embora seja relevante a distinção entre *restrições* (supressão, diminuição, intervenção ablativa do direito) e *limites* (revelação de contornos, de fronteiras do conteúdo)<sup>35</sup>, não é possível fixar abstratamente e *a priori* estes limites, mas apenas no contexto das circunstâncias práticas<sup>36</sup>.

Quanto às restrições propriamente ditas, podemos identificar (i) as “restrições legislativas”<sup>37</sup>, “restrições legais”<sup>38</sup>, “leis restritivas”<sup>39</sup>, “restrições em sentido estrito”<sup>40</sup>, (ii) as “restrições constitucionais expressas”<sup>41</sup> ou “restrições autorizadas pela constituição”, (iii) as “restrições não expressamente autori-

<sup>27</sup> MIRANDA (nota 8), pp. 211 e 212.

<sup>28</sup> GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, (nota 14), p. 391.

<sup>29</sup> GOMES CANOTILHO (nota 1), p. 452; reiterado por ALEXANDRINO, José de Melo, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, Volume II, Coimbra: Almedina, 2006, p. 450.

<sup>30</sup> MIRANDA (nota 8), p. 459, nota 1117, sustentando-se no art. 29.º, n.º 2, da DUDH.

<sup>31</sup> VIEIRA DE ANDRADE (nota 4), p. 263; AC. TC n.º 103/1987, pontos 18 e 27.

<sup>32</sup> VIEIRA DE ANDRADE (nota 4), p. 265.

<sup>33</sup> VIEIRA DE ANDRADE (nota 4), p. 266; GOMES CANOTILHO (nota 1) refere-se às “restrições constitucionais diretas” (p. 450) ou “restrições constitucionais imediatas” (p. 1276).

<sup>34</sup> VIEIRA DE ANDRADE (nota 4), pp. 266-267 e 272-273.

<sup>35</sup> REIS NOVAIS (nota 26), p. 155.

<sup>36</sup> REIS NOVAIS (nota 26), pp. 390 e ss.. Acresçemos que a compreensão do próprio debate em torno destas questões nos parece dificultada precisamente pelo uso, algumas vezes, indiscriminado de “limites” e “restrições”, não sendo sempre evidente a que tipo de limitação os Autores se referem.

<sup>37</sup> VIEIRA DE ANDRADE (nota 4), p. 274.

<sup>38</sup> MIRANDA (nota 7), p. 267.

<sup>39</sup> GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, (nota 14), p. 388.

<sup>40</sup> REIS NOVAIS (nota 26), pp. 227 e ss..

<sup>41</sup> MIRANDA (nota 7), p. 268.

zadas pela Constituição<sup>42</sup> ou “restrições implícitas”<sup>43</sup>, “restrições implicitamente autorizadas”<sup>44</sup> ou “restrições indiretamente constitucionais”<sup>45</sup> e (iv) as “intervenções restritivas”. Cuidaremos de adiante clarificar.

## 2.2. As leis restritivas

### 2.2.1. O desenho geral

As leis restritivas (i), para nos aproximarmos da fórmula constitucional (art. 18.º, n.º 2, da CRP), constituem intervenções normativas que suprimem ou comprimem o bem jurídico fundamental protegido e, como tal, atacando as faculdades reconhecidas pelo direito fundamental em causa ou atenuando os deveres estaduais que a norma constitucional impõe. Esta “afetação desvantajosa” pode revelar-se ao modificar a própria norma e, assim, o próprio conteúdo objetivo do direito, ou ao mediar como autorização de uma ulterior intervenção restritiva<sup>46</sup>. Ora, uma lei restritiva não se confundirá com uma intervenção restritiva (iv): a primeira opera em termos gerais e abstratos e a segunda manifesta-se em termos individuais e concretos (por exemplo, uma decisão judicial que decreta uma detenção ou um internamento ou a detenção ou o internamento propriamente ditos), deixando, como tal, a norma intocada<sup>47</sup>. Contudo, também a estas últimas se impõe o respeito por algumas das exigências formais e materiais que a Constituição estabelece em relação às primeiras, que passaremos a explicar.

A validade, ou antes, a constitucionalidade das leis restritivas depende da observância de um conjunto de requisitos cumulativos<sup>48</sup>, denotando-se o “carácter limitativo” destas compressões, tendo em conta a “resistência” (que se revela na “força jurídica”) destes direitos em relação a intromissões agressivas<sup>49</sup>. Como tal, a restrição 1) deve adotar a forma de lei ou decreto-lei, mediante autorização (art. 165.º, n.º 1, al. b), da CRP — reserva de lei), 2) dá-se nos “casos expressamente previstos na Constituição” (art. 18.º, n.º 2, 1.ª parte, da CRP), 3) deve “limitar-se ao necessário” (art. 18.º, n.º 2, 2.ª parte, da CRP — princípio da proporcionalidade em sentido amplo), 4) reveste carácter geral e abstrato (art. 18.º, n.º 3, *in initio*, da CRP) e 5) tem de res-

<sup>42</sup> REIS NOVAIS (nota 26), pp. 289 e ss.; GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, (nota 14), p. 391.

<sup>43</sup> MIRANDA (nota 7), p. 269, e MIRANDA (nota 8), p. 465.

<sup>44</sup> MIRANDA (nota 7), p. 269; ALEXANDRINO (nota 29), p. 456.

<sup>45</sup> ALEXY (nota 6), pp. 282 e ss..

<sup>46</sup> REIS NOVAIS (nota 26), p. 227. Segundo o autor as leis restritivas são as “verdadeiras restrições aos direitos fundamentais”, p. 15.

<sup>47</sup> REIS NOVAIS (nota 26), pp. 192-194 e 205 e ss.; GOMES CANOTILHO (nota 1), pp. 451 e 1265-1266; GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, (nota 14), p. 388, MIRANDA (nota 8), pp. 473-477, MIRANDA (nota 7), p. 258.

<sup>48</sup> MIRANDA (nota 7), pp. 262 e ss.; GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA (nota 14), pp. 391 e ss..

<sup>49</sup> MIRANDA (nota 7), pp. 233-234.

peitar os princípios da não retroatividade (art. 18.º, n.º 3, *in medio*, da CRP) e 6) da intangibilidade do conteúdo essencial do preceito (art. 18.º, n.º 3, *in fine*, da CRP).

Importa salientar, desde logo, que, como referíamos, também as intervenções restritivas se pautarão por alguns destes requisitos. Evidentemente que, pela sua natureza, não fará sentido impor a estas atuações restritivas a observância do princípio da reserva de lei ou exigir que revistam carácter geral e abstrato. Interessa, pois, que o respeito pelos princípios da proibição da retroatividade, da proporcionalidade e da intangibilidade do conteúdo essencial dos preceitos seja acatado<sup>50</sup>, ao lado dos princípios da proibição do excesso, da constitucionalidade e da ilegalidade, como sempre decorreria de um “Estado de direitos fundamentais”<sup>51</sup>. Portanto, ainda que a restrição possa legitimar-se diretamente na Constituição, ou indiretamente por via de lei restritiva autorizante, não significa que tal consubstancie um “cheque em branco” que permita à autoridade pública restringir direitos fundamentais como bem lhe aprouver.

### 2.2.2. Os “casos expressamente previstos na Constituição” e os “direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”

Damos enfoque àquela que terá sido a questão mais controversa gerada em torno deste tema e que se reporta ao segundo requisito que referimos (2)<sup>52</sup>. *O debate passa por determinar se o art. 18.º, n.º 2, da CRP permite que a restrição legislativa opere apenas naqueles casos em que o preceito consagrador do direito fundamental que se procura comprimir assim o preveja — “restrições constitucionais expressas” (iii) — ou se também admitirá que a compressão ocorra naquelas situações em que, embora a norma constitucional não a antecipe, a proteção de outros bens constitucionalmente previstos a justifique — “restrições não expressamente autorizadas pela Constituição” (iv).*

Hoje, é quase unânime, quer na doutrina, quer na jurisprudência constitucional<sup>53</sup>, que a segunda tese prevalece, sendo a primeira (“da relevância absoluta”<sup>54</sup>) diminuta<sup>55</sup>. Contudo, ainda que predominante, a segunda posição

<sup>50</sup> MIRANDA (nota 7), p. 259.

<sup>51</sup> GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, (nota 14), p. 388.

<sup>52</sup> E que serviu de tema à obra mais relevante na temática, REIS NOVAIS (nota 26).

<sup>53</sup> AC. TC n.º 155/2007, ponto 12.2.3.1, referindo-se às várias posições que admitem as restrições não expressamente autorizadas e aos ACS. TC n.ºs 6/84, 81/84, 198/85, 225/85, 244/85 e 7/87.

<sup>54</sup> ALEXANDRINO (nota 29), p. 443, referindo-se à posição de Manuel Afonso Vaz e Vieira de Andrade.

<sup>55</sup> Aparentemente defendida, atualmente, por Vieira de Andrade (nota 4), pp. 277-278, embora não seja absolutamente evidente, dado que o Autor afirma que “admitir entre nós a intervenção legislativa relativamente a direitos consagrados em preceitos constitucionais sem limites explícitos *a priori* (...) seria defraudar o preceito constitucional entendido no sentido de estabelecer a necessidade de autorização expressa da restrição, a não ser que a limitação

encontra diferentes abordagens. Frisando a ausência de uma autorização geral de restrição, uma das perspetivas, diríamos, ainda moderada, entende que a autorização tem de estar “expressamente credenciada no texto constitucional” e, portanto, deve encontrar na Constituição “expressão suficiente e adequada”, honrando o princípio da segurança jurídica, ainda que considere defensável (não necessariamente defendendo) que uma previsão “expressa” não necessita de ser “direta”<sup>56</sup>. Também cautelosamente se entende que, por um lado, não se pode extrair do texto do art. 18.º, n.º 2, da CRP uma proibição imperativa de restrições fora dos casos expressamente enunciados, nem, por outro lado, se pode descurar “o sentido essencial” daquela proibição. Assim, será primordial compreender a Constituição de um modo global e sistemático, concluindo-se que as restrições implicitamente autorizadas serão “agravadamente excecionais”<sup>57</sup>.

Outro entendimento procurou sustentar as restrições no art. 29.º da DUDH, recebido por via do art. 16.º, n.º 2, da CRP, o qual permitiria justificar aquelas compressões que procurassem salvaguardar “as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática”<sup>58</sup>. Rejeitando esta construção, há ainda quem considere aceitável admitir “restrições implícitas” desde que procurem salvaguardar “interesses constitucionalmente protegidos”, como demanda a parte final do art. 18.º, n.º 2, da CRP, e sejam sustentadas em princípios constitucionais que igualmente fundam as restrições expressas. Portanto, e porque são da “reserva da Constituição”, as autorizações às restrições encontram-se “dentro dela” — e não por apelo aos princípios referidos no art. 29.º, n.º 2, da DUDH, normativo que se reporta aos “limites ao exercício de direitos, e não a restrições”<sup>59</sup>.

Cremos que, de modo semelhante, outra doutrina aceita, sem relutâncias, as “restrições não expressamente autorizadas pela Constituição”. Se, na sua génese, a “intenção garantística”<sup>60</sup> do art. 18.º, n.º 2, da CRP, vertida na imperatividade do seu texto, encontrava uma compreensível razão de ser — proteção das garantias individuais contra despotismos —, atualmente, uma

---

legislativa em causa seja alguma coisa de diferente de uma lei restritiva. Por isso, em rigor, só se poderá aceitar a redução das hipóteses de restrição aos casos expressamente previstos na Constituição (...)” para, depois, acrescentar em nota de rodapé, “Incluindo porventura as hipóteses de previsão indireta, tática ou instrumental” (nota 662).

<sup>56</sup> GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA (nota 14) p. 391: os autores referem “parecendo de admitir (...)”; GOMES CANOTILHO (nota 1), p. 452.

<sup>57</sup> ALEXANDRINO (nota 29), pp. 448 e ss., mormente, p. 450.

<sup>58</sup> Foi a posição inicialmente defendida por Vieira de Andrade, que hoje defende posição oposta, como referimos *supra* (nota 55), VIEIRA DE ANDRADE (nota 4), p. 276, nota 657; também defendeu OTERO, Paulo “Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais?”, *O Direito*, Ano 122.º, III-IV (Julho-Dezembro), 1990, pp. 603 e ss., p. 610.

<sup>59</sup> MIRANDA (nota 8), pp. 212-213 e 465, e MIRANDA (nota 7), pp. 269-270; seguindo esta visão, AFONSO VAZ, Manuel et alii, *Direito Constitucional — O Sistema Constitucional Português*, 2.ª edição, Porto: Universidade Católica Editora, 2015, p. 245.

<sup>60</sup> REIS NOVAIS (nota 26), p. 17.



leitura literal do preceito é “praticamente inexecutável”<sup>61</sup>, atenta a abundância de situações imprevisíveis que, no contexto da sociedade moderna, justificam, na prática, a restrição de direitos<sup>62</sup>. E não servirá chamar-lhes “outra coisa”<sup>63</sup>, sob pena de se “minar a força normativa da disposição constitucional”<sup>64</sup>.

Esta perspetiva esclarece que será pertinente o apelo ao art. 29.º da DUDH (ex vi art. 16.º, n.º 2, da CRP), não no sentido de *sustentar autonomamente* as restrições não expressamente autorizadas, mas procurando *auxiliar a interpretação e integração* do sentido a dar ao “limite aos limites” previsto na parte final do art. 18.º, n.º 2, da CRP. Quer isto dizer que as compressões aos direitos fundamentais só serão legítimas se, além de respeitarem todos os demais requisitos, prosseguirem o fim de “salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, os quais se impõem pelo “respeito dos direitos e liberdades dos outros, da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática”<sup>65</sup>.

As duas últimas posições, que nos parecem, em certa medida, uníssonas, merecem a nossa concordância. Dada a profusão de situações, outrora inimagináveis, próprias de uma sociedade complexa, configura-se inaceitável que o legislador só possa restringir aqueles direitos fundamentais contidos em preceitos constitucionais que precavida e expressamente previram a possibilidade de restrição. Se assim fosse, não se salvariam nem os direitos fundamentais, nem a Constituição, mas apenas um texto cristalizado, capaz de perversamente gerar situações insustentáveis e nocivas<sup>66</sup>. Como em tempos se disse, “do modo como o texto constitucional conheça os seus limites, assim se salvará ou se danará”<sup>67</sup>.

### 2.3. A especificidade das restrições do artigo 27.º da Constituição da República Portuguesa

Se tudo o que dissemos se aplicará, de modo genérico, aos direitos fundamentais, particular ponderação deve ser tomada no âmbito do art. 27.º da CRP. É que, neste caso, o preceito, no seu n.º 3 (e, no fundo, também na 2.ª parte do seu n.º 2), oferece uma lista de restrições possíveis, estando

<sup>61</sup> REIS NOVAIS (nota 26), p. 587.

<sup>62</sup> REIS NOVAIS (nota 26), pp. 14-19; quanto à aceitação desta inevitabilidade, também MIRANDA (nota 7), p. 269.

<sup>63</sup> Conforme defende VIEIRA DE ANDRADE (nota 4), p. 267, reiterando na p. 283.

<sup>64</sup> Como tão bem e satiricamente explicado em REIS NOVAIS (nota 26), pp. 585-586 e nota 1017.

<sup>65</sup> REIS NOVAIS (nota 26), pp. 520-524 e 620. Parece-nos que sempre foi esta a posição de Jorge Miranda — aliás, o próprio o afirma em MIRANDA (nota 8), p. 465 —, ao confrontarmos o entendimento em MIRANDA (nota 8), pp. 211-213, com aquele em obra precedente, MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 264-266.

<sup>66</sup> REIS NOVAIS (nota 26), pp. 590 e ss..

<sup>67</sup> SOARES, Rogério Ehrhardt “O Conceito ocidental de Constituição” (continuado do n.º 3743, p. 39 e ss), *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3744, 1999, pp. 69-73, p. 72.

bem firmado, na jurisprudência constitucional, o entendimento de que impera o princípio constitucional da tipicidade das medidas privativas da liberdade<sup>68</sup>. Como tal, as privações da liberdade só podem ocorrer naqueles casos taxativamente previstos. Assim, não poderá o legislador consagrar normas restritivas cuja hipótese não caiba na letra daquele preceito, a não ser nos casos em que, embora tal não suceda, a legislação é necessária no sentido de conferir os “atos instrumentais necessários e adequados” a concretizar a prisão ou detenção<sup>69</sup>.

Também na doutrina se reconheceu tal imperatividade. Nesses casos, falar-se-ia de uma “reserva qualificada”, no âmbito da qual o legislador apenas poderia restringir a liberdade avistando as finalidades previstas na norma constitucional ou, pelo menos, as finalidades que necessariamente decorressem das expressamente previstas<sup>70</sup>. Existe, pois, uma especial e agravada vinculação do legislador, que se retira do maior grau de especificação da norma constitucional<sup>71</sup>, recaindo sobre aquele um “dever de descrição das realidades que se integram em determinada previsão”<sup>72</sup>, como se verifica com as medidas restritivas da liberdade de que aqui tratamos.

Atualmente, o art. 27.º da CRP prevê a possibilidade de serem adotadas medidas relacionadas com comportamentos ilícitos (n.º 2 e n.º 3, alíneas *a*), *b*), *c*), *d*), *f*) e *g*)), ou como medidas de proteção (n.º 3, alíneas *e*) e *h*))<sup>73</sup>. Note-se que estas previsões podem sustentar quer intervenções restritivas — individuais e concretas —, quer leis restritivas — gerais e abstratas —, sendo essa legitimação necessária, mas não suficiente, porquanto, como referimos, ambas as atuações terão de respeitar uma série de requisitos, de forma a encontrarem validade constitucional. Importará mencionar a particularidade da referida alínea *h*), aditada pela Lei Constitucional n.º 1/97, que passou a dar resguardo a intervenções restritivas da liberdade, como os internamentos compulsivos, motivadas pela verificação de anomalia psíquica, vindo legitimar a subsequente Lei de Saúde Mental (LSM) — Lei n.º 36/98, de 24 de julho, com última alteração pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto. E a Constituição passou não só a dar guarida a estas investidas à liberdade, como as balizou: por um lado, impôs que o internamento se faça em “estabelecimento terapêutico adequado” (com correspondência no art. 7.º, alínea *d*), da LSM) e, por outro lado, sujeitou-o a reserva de decisão ou confirmação judicial<sup>74</sup>.

<sup>68</sup> ACS. TC n.ºs 479/94 (ponto 3), 363/2000 (ponto 5.2.), 161/2005 (ponto 7) e 237/2017 (conclusão 34.ª).

<sup>69</sup> AC. TC n.º 7/87, ponto 2.12..

<sup>70</sup> VIERA DE ANDRADE (nota 4), pp. 283-284. ALEXYS (nota 6), pp. 282-283, também se referia a estas “reservas qualificadas”, dando o exemplo de normas que impunham “limites” ao conteúdo, diferentemente das “reservas simples”, que limitariam a competência para impor restrições.

<sup>71</sup> GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA (nota 14), pp. 389 e 391.

<sup>72</sup> MIRANDA (nota 7), pp. 263-264.

<sup>73</sup> Separação sugerida por MIRANDA (nota 8), pp. 473-474.

<sup>74</sup> GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA (nota 14), pp. 483-484.

Mas ainda que se possa falar de um tal princípio constitucional de tipicidade das medidas privativas da liberdade, há quem entenda ser possível sustentar o internamento compulsivo de pessoas portadoras de doenças infectocontagiosas, tendo em conta a ponderação de certos bens jurídico-constitucionais, como a saúde pública, mesmo que a Constituição, em aparente desarmonia com o Código Penal, o qual pune a propagação de doença contagiosa (art. 283.º, n.º 1), não tenha expressamente previsto tal situação<sup>75</sup>. Outra perspetiva considera não estarem excluídas situações análogas às expressamente previstas no art. 27.º, n.º 3, anuindo ao princípio da enumeração taxativa apenas quanto às medidas coativas que impliquem privação total da liberdade<sup>76</sup>.

A questão é preponderante, não só porque os mais recentes acontecimentos pandémicos ressuscitaram a problemática, quanto ao confinamento coativo motivado por propagação de doença infectocontagiosa, mas também, e para o que nos interessa no contexto desta intervenção, porque o art. 27.º, n.º 3, da CRP não prevê o internamento do maior acompanhado previsto nos arts. 148.º do Código Civil (CC) e 899.º, n.º 2, do Código de Processo Civil (CPC).

### 3. O INTERNAMENTO PREVISTO NOS ARTIGOS 148.º DO CÓDIGO CIVIL E 899.º, N.º 2, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

#### 3.1. O programa e o âmbito das normas

O art. 148.º do CC, introduzido pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, prevê, no seu n.º 1, que “o internamento do maior acompanhado depende de autorização expressa do tribunal”, podendo, nos termos do n.º 2, ser “imediatamente solicitado pelo acompanhante, sujeitando-se à ratificação do juiz”, por motivo de urgência. Ora, logo aqui, emerge uma questão do foro do programa normativo<sup>77</sup>: esta norma refere-se aos internamentos voluntários ou aos inter-

<sup>75</sup> GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA (nota 14), afirmando o princípio (p. 479), mas aceitando tal exceção (p. 484).

<sup>76</sup> MOUTINHO (nota 15), pp. 466 e 468-469. Não nos parece evidente o que são, para o Autor, privações totais da liberdade. Por um lado, define medidas de privação como aquelas que impõem o confinamento coativo, determinado por poder público, a um local delimitado, diferenciando-as de meras limitações ou restrições, que consistem em medidas que implicam apenas uma “perturbação periférica”, por exemplo, que impedem o acesso a determinado local (pp. 466-467). Por outro lado, considera que “o caso singelo da chamada quarentena” será uma situação que analogicamente caberá na previsão do art. 27.º, n.º 3 (p. 466). Ora quanto a nós, a quarentena, que em nada tem de singelo, se coativa (o Autor não distingue), enquadrar-se-ia, segundo a sua definição, nas medidas de privação total (confinamento coativo), sendo, segundo tal perspetiva, inadmissível.

<sup>77</sup> MÜLLER, Friedrich, *Normstruktur und Normativität: Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlin: Duncker & Humblot, 1966, pp. 147 e ss. e 184 e ss., distinguindo entre texto normativo

namentos coativos ou a ambos? A resposta à questão é importantíssima e, contudo, apenas somos capazes de fazer suposições, porquanto o legislador não esclareceu o programa da norma. Pois, então, vejamos.

O “Anteprojeto de reforma”, muito embora reconhecendo que o “internamento civil” tem um carácter complementar relativamente ao “internamento compulsivo”, não deixa de ser enigmático, mas acaba por situar a intervenção dos tribunais para fiscalizar os internamentos voluntários<sup>78</sup>. Se o preceito se refere aos internamentos voluntários, imaginamos que a bondade do legislador se tenha revelado em prol do maior acompanhado, que deve, agora, manifestar a sua (aparente) vontade diante de uma entidade judicial, que fará o controlo da mesma, nomeadamente, para confirmar que é expressa de modo livre, esclarecido e informado e para desmantelar eventuais abusos do acompanhante. Contudo, não encontramos noutra legislação paralela argumentação que suporte tal ideia.

Referimo-nos, particularmente, à já mencionada LSM, que prevê o internamento de portador de anomalia psíquica (arts. 6.º a 44.º), o qual, embora em nada se confunda com o internamento do maior acompanhado, nos permite elaborar um paralelismo relevante. O legislador procurou, neste âmbito, diferenciar o internamento compulsivo de internamento voluntário, o primeiro correspondendo “a internamento por decisão judicial do portador de anomalia psíquica” (art. 7.º, alínea *a*), da LSM) e o segundo a “internamento a solicitação do portador de anomalia psíquica ou a solicitação do representante legal de menor de 14 anos” (art. 7.º, alínea *b*), da LSM). Ora, a lógica sistemática interlegislativa levar-nos-á a admitir que o art. 148.º do CC, não estabelecendo distinção entre estes dois tipos de internamento, se refere ao internamento compulsivo, uma vez que referida a “autorização expressa do tribunal” semelhante à previsão que, no art. 7.º, alínea *a*), da LSM, se faz quando se exige “decisão judicial” e que se prescinde no âmbito do internamento voluntário, previsto na alínea *b*) do art. 7.º da LSM. É esta também a ideia que, como já referimos, encontramos no anteprojeto reformativo que

---

(*Normtext*) e norma (*Norm*), compreendendo esta ainda o “âmbito da norma” (*Normbereich*) e o programa da norma (*Normprogramm*).

<sup>78</sup> No “Anteprojeto de reforma” inserido em MENEZES CORDEIRO, António, *Da situação jurídica do maior acompanhado — Estudo de Política Legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores*, 2017, p. 125, acedido em “[https://www.smmmp.pt/wp-content/uploads/Estudo\\_Menezes-CordeiroPinto-MonteiroMTS.pdf](https://www.smmmp.pt/wp-content/uploads/Estudo_Menezes-CordeiroPinto-MonteiroMTS.pdf)” (20/05/2020), começa por dizer “Poder-se-ia explicitar que o internamento ou a esterilização a pedido do próprio dispensam autorização”, para depois sustentar que “o acompanhado pode sofrer de um *minus* de vontade, sendo levado a pedir internamentos não necessários, mas apenas convenientes para os familiares ou alguns deles”. E esse enigma ainda tinha mais peso quando estivesse em causa a esterilização, pois esta, quando fosse voluntária, está prevista no artigo 10.º da Lei n.º 3/84, de 24 de março — Lei da Educação Sexual e Planeamento Familiar —, exigindo que a pessoa fosse maior de 25 anos e prestasse o seu consentimento informado, o qual deveria ser escrito, “contendo a inequívoca manifestação de vontade de que desejam submeter-se à necessária intervenção”, o que não seria possível com uma pessoa com “um *minus* de vontade”.

refere que o internamento (e, na altura, a previsão de “medidas anticoncecionais”<sup>79</sup>) a pedido do próprio não careceria de autorização.

Esta questão inquina numa outra: o âmbito da norma. É que o legislador não define se está em causa o internamento para efeitos de tratamento médico (em hospitais ou em outros estabelecimentos de saúde) ou internamento residencial (lares ou estabelecimentos semelhantes). Pode entender-se que o art. 148.º do CC apenas se refere a este último, pois que as decisões relativas à saúde do acompanhado são passíveis de ser tomadas pelo acompanhante, mediante indicação médica<sup>80</sup>. O argumento pode proceder quanto ao *tratamento* em si, mas não imediatamente quanto ao *internamento*.

É verdade que o art. 6.º, n.º 3, da Convenção dos Direitos Humanos e da Biomedicina (CDHBM), também conhecida como Convenção de Oviedo (DR I-A, n.º 2, de 03/jan./2001), possibilita que a exigência do consentimento livre e esclarecido no âmbito de “qualquer intervenção no domínio da saúde” (art. 5.º) e no caso das “pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento” seja suprida por decisão do representante — ou acompanhante, para adaptar ao nosso sistema (art. 6.º, n.º 3, da CDHBM)<sup>81</sup>. E nos casos das “pessoas que sofram de perturbação mental” será admissível, perante situações imperiosas, a dispensabilidade desse consentimento, o mesmo sucedendo nas situações de urgência relativamente a qualquer pessoa (arts. 7.º, 2.ª parte, e 8.º da CDHBM). Mas, nesse caso, está-se a intervir no âmbito do consentimento prestado quanto a intervenções restritivas da *integridade física* (art. 25.º, n.º 1, da CRP) ou até da autoconformação no âmbito do *desenvolvimento da personalidade* (art. 26.º, n.º 1, da CRP) e não da *liberdade física* (art. 27.º, n.º 1, da CRP). Estamos, assim e antes de mais, a tratar do *internamento*, da hospitalização compulsiva e, posteriormente, do *tratamento* propriamente dito. Ora, o internamento, seja para que fim for, trata-se de restrição à liberdade e deve ser tratado como tal<sup>82</sup>.

Certo é que para ser possível sujeitar alguém a tratamento médico (nomeadamente, por exemplo, cirúrgico) é necessário que a pessoa seja

<sup>79</sup> Que equivale a dizer “esterilização”. Assim constava do referido “Anteprojecto de reforma”, pp. 124-125, e da proposta inicial do XXI Governo de 2017 (Governo PS) — antes da Proposta de Lei n.º 110/XIII/3.ª — cujo segmento normativo proposto era o seguinte: “O internamento do maior acompanhado bem como a aplicação de medidas anticoncecionais dependem de autorização expressa do tribunal”.

<sup>80</sup> TÁVORA VÍTOR, Paula, “Art. 148.º”, in PRATA, Ana (Coord.), *Código Civil Anotado*, Volume I, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 190-192, p. 191.

<sup>81</sup> Este segmento normativo dispõe que “Sempre que, nos termos da lei, um maior careça, em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efetuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei. A pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização”.

<sup>82</sup> Veja-se como, no plano internacional, se integra a hospitalização involuntária como um ato de privação de liberdade protegida no art. 9.º do PIDCP, *Human Rights Committee* (nota 12), para. 5; ou das garantias procedimentais previstas no caso de hospitalização involuntária, nos termos do art. 5.º, n.º 1, alínea e), da CEDH, AC. do TEDH *M.S. v. Croatia* (No. 2), *Application no. 75450/12*, 19/05/2015.

hospitalizada. Que sentido, então, fará permitir que o acompanhante possa suprir a incapacidade de prestar consentimento pelo acompanhado, ou permitir que nenhum consentimento seja prestado, por motivos indispensáveis à saúde deste, se não se pode internar, ou confinar, o acompanhado àquela sala cirúrgica? É evidente que este internamento seria instrumental e imprescindível ao tratamento — veremos que a lei alemã precaverá esta situação —, mas não, por isso, deixaria de ser necessária uma leitura cautelosa, à luz do nosso ordenamento jurídico-constitucional, sob pena de estarmos a camuflar uma privação da liberdade sob a veste de uma atuação do acompanhante em relação a questões de saúde do acompanhado.

Creemos, assim, que fará sentido abarcar as duas possibilidades (internamento hospitalar ou afim; internamento residencial), até porque, do ponto de vista prático, as duas situações são concebíveis<sup>83</sup>, sendo, contudo, verdade que a jurisdição alemã, que serviu de inspiração à introdução da figura do maior acompanhado e respetiva regulação no ordenamento português, parece abranger apenas os casos de internamento em estabelecimentos de saúde — embora se refira, como veremos, a atos privativos da liberdade em “casas” e outros estabelecimentos. Esta legislação apresenta, porém, um desenho legislativo distinto<sup>84</sup>.

Segundo o §1906 (1) e (2) do BGB, o internamento (*Unterbringung*) que põe em causa a privação da liberdade (*Freiheitsentziehung*) do assistido (*Betreute*) pode ser decidido pelo assistente legal (*Betreuer*) e comprovado por tribunal — a não ser em caso excepcional de risco — quando a vida ou a saúde daquele seja posta em causa, por motivos de afetação à saúde mental ou para evitar ameaça de dano substancial à sua saúde, sendo para o efeito justificado o internamento necessário à realização de exame de saúde ou de tratamento terapêutico ou cirúrgico e não estando o assistido (acompanhado), por motivos de doença ou deficiência mental, capaz de reconhecer a necessidade de tal internamento ou capaz de atuar de acordo com esse reconhecimento. E tal privação far-se-á na justa medida do necessário para salvaguardar o bem-estar do assistido (acompanhado).

O mesmo será aplicado, *mutatis mutandis*, no caso em que este se encontra num hospital, em casa ou noutra estabelecimento e é privado da sua liberdade por via de dispositivos mecânicos, medicamentos ou por outro qualquer meio, durante um longo período de tempo ou com regularidade, conforme o §1906 (4) do BGB. A solução legislativa impõe, ainda, uma cláusula de salvaguarda, exigindo que o internamento pelo assistente legal (acompanhante) cesse assim que os motivos que o justificaram terminem.

<sup>83</sup> Assim, também, PINTO MONTEIRO, António, “Das Incapacidade ao Maior Acompanhado — Breve Apresentação da Lei n.º 49/2018”, *Revista de Legislação e Jurisprudência* (RLJ), Ano 148, n.º 4013, 2018, pp. 72-84 (82) e, também, in Centro de Estudos Judiciários, *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado*, fevereiro 2019, pp. 25-37, p. 36.

<sup>84</sup> Mais adiante e em anexo disponibiliza-se as normas do regime jurídico alemão a seguir referenciadas, com a nossa tradução.

Também o art. 899.º do CPC, que sofreu alterações com a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, prevê que, quando existam dúvidas quanto ao relatório pericial previsto no n.º 1, sendo necessário precisar “a afetação de que sofre o beneficiário, as suas consequências, a data provável do seu início e os meios de apoio e de tratamento aconselháveis”, pode o juiz, de acordo com o n.º 2, “autorizar o exame numa clínica da especialidade, com internamento nunca superior a um mês e sob responsabilidade do diretor respetivo, ou ordenar quaisquer outras diligências”. Note-se que este relatório pericial auxiliará depois a tomada de decisão pelo juiz, prevista no art. 900.º do CPC, que estipula as medidas de acompanhamento (art. 145.º do CC). Segundo as motivações lançadas no anteprojeto, o internamento, neste caso, serviria à simplificação e à agilização do relatório pericial<sup>85</sup>, sem mais.

Por sua vez, a solução alemã estabelece, no §283 do FamFG (Lei sobre o Procedimento em Matéria de Família e em Matéria de Jurisdição Voluntária), a possibilidade de submissão do assistido a exames para realização do relatório pericial, ordenada pelo tribunal, prevendo, no §284 do FamFG, o internamento coativo, por decisão judicial, para efeitos da preparação desse mesmo relatório (*Unterbringung zur Begutachtung*). Além disso, este internamento será sujeito ao tempo necessário (mas, nunca superior a 6 semanas, ou excepcionalmente, a 3 meses) e sempre precedido de audição do assistido.

### 3.2. A (in)constitucionalidade do internamento

Se constatámos que o internamento do maior acompanhado se refere a atuações coativas, involuntárias, seja em estabelecimento de saúde, seja em residências, então surge a nossa segunda zona de questionamento: qual o suporte constitucional da restrição da liberdade operada pelos arts. 148.º do CC e 899.º do CPC? Neste momento, convocamos tudo o que viemos elaborando a propósito do conceito de liberdade e da(s) possibilidade(s) de restrições à mesma.

Não temos dúvidas de que um internamento, isto é, a imposição de um confinamento coativo, se configura como uma agressão à liberdade pessoal, física e de movimentos, salvaguardada pelo art. 27.º, n.º 1, da CRP. Também é claro que o direito à liberdade não é absoluto, sendo o próprio preceito constitucional, nos n.ºs 2 e 3, a demonstrá-lo, podendo ser alvo quer de intervenções restritivas, quer de restrições legislativas. Surge, por conseguinte, de forma evidente que quer o art. 148.º do CC, quer o art. 899.º, n.º 2, do CPC se configuram como normas restritivas daquela liberdade.

E, tão fatalmente, constatamos que estas normas não encontram guarida no art. 27.º, n.º 3, da CRP, pois, ainda que possamos defender, como, aliás, demonstrámos sufragar, a existência de restrições não expressamente auto-

<sup>85</sup> MENEZES CORDEIRO, António “Anteprojeto de reforma” (nota 78), p. 149.

rizadas na Constituição, é quase consensual (e é, pelo menos, para o Tribunal Constitucional) que a enumeração aí prevista é taxativa. Assim, não estando expressamente previsto naquela norma constitucional, o internamento compulsivo do maior acompanhado só poderia ser conforme à Constituição se, como dissemos, a hipótese coubesse na letra de uma das alíneas ou se configurasse um ato instrumental necessário a concretizar uma dessas possibilidades. Só nos resta uma resposta forçosamente negativa.

Quanto à primeira alternativa, é evidente que a alínea *h*) do n.º 3 do art. 27.º da CRP, ao prever a possibilidade de internamento compulsivo, fê-lo apenas para os casos justificados pela existência de anomalia psíquica. Tal previsão, como vimos, sustentou a consagração do internamento compulsivo no âmbito da LSM. Contudo, a figura do maior acompanhado estende-se para lá dos casos que podem ser afetos àquela situação particular, não podendo, como tal, o internamento, nestes casos, encontrar fundamento autorizante na norma constitucional aqui referida. O mesmo se dirá quanto à segunda possibilidade, sendo insustentável a configuração do internamento do maior (des)acompanhado — pois ainda não beneficia do acompanhamento legal — como adequado e necessário a concretizar umas das restrições previstas no n.º 3 do art. 27.º da CRP, mormente da alínea *h*), seja nos termos do art. 148.º do CC, seja para servir o art. 899.º, n.º 2, do CPC. Assim, estas normas são inconstitucionais.

Se, num outro cenário, rejeitarmos a taxatividade prevista no n.º 3 do art. 27.º da CRP, argumentos muito cautelosos e ponderosos teriam de ser lançados. Isto é, recusando o princípio da tipicidade das medidas restritivas da liberdade, o qual é muito difícil rebater, dada a sua firmeza na jurisprudência constitucional, invariavelmente teríamos de passar pelo crivo do art. 18.º, n.º 2 e n.º 3, da CRP, pois que estamos perante normas restritivas. E cremos, também nesse contexto, que os arts. 148.º do CC e 899.º, n.º 2, do CPC estariam feridos de inconstitucionalidade.

A ligeireza da solução jurídica portuguesa quanto ao internamento, no âmbito do regime jurídico do maior acompanhado, comparativamente aos correspondentes normativos do regime alemão da *Betreuung*, onde pelos vistos tentou inspirar-se, é notória. E veja-se que, como mencionámos, na Lei Fundamental alemã opera uma cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais e, nem por isso, o legislador ordinário alemão deixou de se pautar pelo princípio basilar da proporcionalidade, que opera em qualquer Estado de direitos fundamentais — e, no caso português, com imposição acrescida do art. 18.º, n.º 2, da CRP —, ao prever que o internamento apenas se justificará na medida do *necessário* para proteger o *bem-estar* do assistido (acompanhado) (§ 1906 (1) do BGB) ou que o internamento terminará assim que *findadas as suas razões justificativas* (§ 1906 (3) do BGB) ou, ainda, quando prevê o internamento durante um *período de tempo determinado, necessário* à preparação do relatório pericial (§ 284 (1) do FamFG). Além do mais, quanto a este último ponto, o legislador alemão singularizou a autonomia do assistido (acompanhado), possibilitando a sua audição prévia, antes da sujeição a medida restritiva da sua liberdade.



Os arts. 148.º do CC e 899.º, n.º 2, do CPC não encontram, assim, paralelo no ordenamento jurídico alemão, nem quanto ao texto das normas que regulam o internamento do maior acompanhado, que ficam aquém, nem quanto à norma fundamental legitimadora de tais restrições. Tanto mais que o legislador português estaria *especialmente vinculado*, atentas as exigências constitucionais nacionais, mais reforçadas. Esta imprudência do legislador nacional é desconcertante e incompreensível, tanto mais porque a questão do internamento compulsivo não lhe é nova, ainda que noutro panorama, nem, nesse contexto, lhe custou a formulação de um ou dois artigos, mas um diploma completo (a LSM, que conta com 49 artigos) destinado a regular, quase em exclusividade — porque também estabelece os princípios gerais da política de saúde mental —, o internamento compulsivo dos portadores de anomalia psíquica.

Apesar de ousado, não recusaríamos, sem mais, a possibilidade de suprir a ausência de restrição expressa no art. 27.º, n.º 3, da CRP. Cremos, pois, que motivações imperiosas que procurem “salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” possam justificar restrição a direitos, mesmo naqueles casos em que o preceito densifica as possibilidades. Também Reis Novais referia que o facto de o legislador constituinte passar a prever um certo limite outrora não consagrado não significava a inviabilidade de outras restrições não expressamente previstas, em relação ao mesmo direito<sup>86</sup>. E Jorge Miranda, que, embora admitindo a imposição constitucional ao legislador de um tratamento tipificado de certas atuações restritivas, afirmava que não deveriam daí resultar tipos “rigorosamente fechados”<sup>87</sup>. Se não, veja-se, como afirmava Robert Alexy, “o perigo de uma sujeição [aos direitos fundamentais] demasiado débil é substituído pelo perigo de uma sujeição demasiado forte”<sup>88</sup>.

Por esse motivo, a ser sustentável, tal construção não pode ser elaborada de ânimo leve, tentando a todo o custo transplantar sistemas legais<sup>89</sup> sem qualquer compatibilidade com o nosso corpo jurídico-constitucional, sob pena de, tal como um coração equivocadamente trasladado, ter efeitos perversamente nocivos. Efeitos esses que, por um lado, afrontam a harmonia do sistema jurídico e, por outro lado, mais inadmissivelmente, deixam desprotegida a posição de indivíduos em particular vulnerabilidade, como é o caso dos maiores (des)acompanhados.

<sup>86</sup> REIS NOVAIS (nota 26), p. 595, a propósito da garantia de serviços mínimos durante a greve, introduzida por revisão constitucional.

<sup>87</sup> MIRANDA (nota 7), p. 264.

<sup>88</sup> ALEXY (nota 6), p. 283.

<sup>89</sup> WATSON, Alan, *Legal Transplants — An Approach to Comparative Law*, Georgia: The University of Georgia Press, 1993 (1974), cuja conhecida monografia é precisamente dedicada aos “transplantes legais”.

## ANEXO

| <p style="text-align: center;"><b>§ 1906 BGB</b><br/> <b>Genehmigung des Betreuungsgerichts bei freiheitsentziehender Unterbringung und bei freiheitsentziehenden Maßnahmen</b></p>  | <p style="text-align: center;"><b>§ 1906 BGB</b><br/> <b>Aprovação pelo tribunal de assistência do internamento e medidas de privação da liberdade</b></p>   |
|--|--|
| <p>(1) Eine Unterbringung des Betreuten durch den Betreuer, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, ist nur zulässig, solange sie zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, weil</p>   | <p>(1) O internamento do assistido pelo assistente, que implique a privação da liberdade, só é admissível se necessário para o bem-estar da pessoa assistida, desde que,</p>   |
| <p>1. auf Grund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung des Betreuten die Gefahr besteht, dass er sich selbst tötet oder erheblichen gesundheitlichen Schaden zufügt, oder</p>  | <p>1. por razões de doença mental ou deficiência mental ou psicológica da pessoa assistida, exista perigo para a própria vida ou perigo de causar um dano substancial na sua própria saúde ou</p>  |
| <p>2. zur Abwendung eines drohenden erheblichen gesundheitlichen Schadens eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder ein ärztlicher Eingriff notwendig ist, die Maßnahme ohne die Unterbringung des Betreuten nicht durchgeführt werden kann und der Betreute auf Grund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der Unterbringung nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann.</p> | <p>2. para evitar a ameaça de um dano substancial para a saúde, seja necessária a realização de um exame do estado da saúde, de um tratamento terapêutico ou de uma intervenção cirúrgica, só possíveis mediante internamento, e o assistido, por motivos de doença mental ou deficiência mental ou psicológica, não reconheça a necessidade de internamento ou não possa atuar de acordo com esse reconhecimento.</p> |
| <p>(2) Die Unterbringung ist nur mit Genehmigung des Betreuungsgerichts zulässig. Ohne die Genehmigung ist die Unterbringung nur zulässig, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist; die Genehmigung ist unverzüglich nachzuholen.</p>   | <p>(2) O internamento só é admissível se aprovado pelo tribunal de assistência. Sem a aprovação, o internamento só é admissível se o adiamento implicar risco. A aprovação deve ser imediatamente emitida.</p>   |
| <p>(3) Der Betreuer hat die Unterbringung zu beenden, wenn ihre Voraussetzungen weggefallen sind. Er hat die Beendigung der Unterbringung dem Betreuungsgericht unverzüglich anzuzeigen.</p>   | <p>(3) O assistente deve terminar o internamento assim que deixar de ter motivos para o mesmo. O assistente deve imediatamente comunicar o termo do internamento ao tribunal da assistência.</p>   |

|   |  |
|---|--|
| (4) Die Absätze 1 bis 3 gelten entsprechend, wenn dem Betreuten, der sich in einem Krankenhaus, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhält, durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig die Freiheit entzogen werden soll.           | (4) Os parágrafos 1 a 3 aplicam-se, <i>mutatis mutandis</i> , quando o assistido que se encontra num hospital, em casa ou em qualquer outro estabelecimento seja privado da sua liberdade durante um longo período de tempo ou de modo regular através de dispositivos mecânicos, de medicamentos ou de outra forma. |
| (5) Die Unterbringung durch einen Bevollmächtigten und die Einwilligung eines Bevollmächtigten in Maßnahmen nach Absatz 4 setzen voraus, dass die Vollmacht schriftlich erteilt ist und die in den Absätzen 1 und 4 genannten Maßnahmen ausdrücklich umfasst. Im Übrigen gelten die Absätze 1 bis 4 entsprechend. | (5) O internamento por procurador e o consentimento do procurador relativamente às medidas previstas no parágrafo 4 requerem procuração escrita, a qual expressamente inclui as medidas mencionadas nos parágrafos 1 e 4.  |

| <b>§ 283 FamFG<br/>Vorführung zur Untersuchung</b>   | <b>§ 283 FamFG<br/>Apresentação para exame</b>  |
|--|---|
| (1) Das Gericht kann anordnen, dass der Betroffene zur Vorbereitung eines Gutachtens untersucht und durch die zuständige Behörde zu einer Untersuchung vorgeführt wird. Der Betroffene soll vorher persönlich angehört werden.   | (1) O tribunal pode ordenar que a pessoa em causa seja examinada para a preparação do relatório pericial e apresentada para exame pela autoridade pública. A pessoa em causa deve ser prévia e pessoalmente ouvida.   |
| (2) Gewalt darf die Behörde nur anwenden, wenn das Gericht dies ausdrücklich angeordnet hat. Die zuständige Behörde ist befugt, erforderlichenfalls die Unterstützung der polizeilichen Vollzugsorgane nachzusuchen.   | (2) A autoridade pública só pode recorrer ao uso da força quando o tribunal assim o determinar.<br>A autoridade pública competente está autorizada a procurar auxílio da força policial caso seja necessário.   |
| (3) Die Wohnung des Betroffenen darf ohne dessen Einwilligung nur gewaltsam geöffnet, betreten und durchsucht werden, wenn das Gericht dies zu dessen Vorführung zur Untersuchung ausdrücklich angeordnet hat. Vor der Anordnung ist der Betroffene persönlich anzuhören. Bei Gefahr im Verzug kann die Anordnung durch die zuständige Behörde ohne vorherige Anhörung des Betroffenen erfolgen. Durch diese Regelung wird das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung aus Artikel 13 Absatz 1 des Grundgesetzes eingeschränkt. | (3) O domicílio da pessoa em causa só poderá ser aberto, acedido e revisto através do uso da força e sem o seu consentimento, quando o tribunal tiver expressamente ordenado a apresentação da pessoa para exame. Antes da ordem, a pessoa em causa deve ser pessoalmente ouvida. Em caso de perigo iminente, a ordem pode ser executada pela autoridade pública competente, sem a audição prévia da pessoa em causa. Esta norma consiste numa limitação ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio previsto no artigo 13.º (1) da Lei Fundamental. |

| <p style="text-align: center;"><b>§ 284 FamFG</b><br/><b>Unterbringung zur Begutachtung</b></p>   | <p style="text-align: center;"><b>§ 284 FamFG</b><br/><b>Internamento para relatório pericial</b></p>  |
|---|--|
| <p>(1) Das Gericht kann nach Anhörung eines Sachverständigen beschließen, dass der Betroffene auf bestimmte Dauer untergebracht und beobachtet wird, soweit dies zur Vorbereitung des Gutachtens erforderlich ist. Der Betroffene ist vorher persönlich anzuhören.</p>                                  | <p>(1) Depois de ouvir o perito, o tribunal pode decidir que a pessoa em causa deve ser internada e observada por um determinado período de tempo e na medida do necessário para efeitos da preparação do relatório pericial. A pessoa em causa deve ser prévia e pessoalmente ouvida.</p> |
| <p>(2) Die Unterbringung darf die Dauer von sechs Wochen nicht überschreiten. Reicht dieser Zeitraum nicht aus, um die erforderlichen Erkenntnisse für das Gutachten zu erlangen, kann die Unterbringung durch gerichtlichen Beschluss bis zu einer Gesamtdauer von drei Monaten verlängert werden.</p> | <p>(2) O internamento não deve durar mais de seis semanas. Se o período não for suficiente para obter o conhecimento necessário para o relatório, o internamento pode ser prorrogado, pelo tribunal, até ao máximo de três meses.</p>  |
| <p>(3) § 283 Abs. 2 und 3 gilt entsprechend. Gegen Beschlüsse nach den Absätzen 1 und 2 findet die sofortige Beschwerde nach den §§ 567 bis 572 der Zivilprozessordnung statt.</p>  | <p>(3) O § 283 (2) e (3) deve aplicar-se, <i>mutatis mutandis</i>. Pode apresentar-se uma queixa imediata das decisões previstas no parágrafo (1) e (2), de acordo com os §§ 567 a 572 do Código de Processo Civil.</p>  |