

O instituto do maior acompanhado à luz da Convenção de Nova Iorque e dos direitos fundamentais

Geraldo Rocha Ribeiro ()*

I. Introito

O presente artigo corresponde ao desenvolvimento das ideias apresentadas no Colóquio denominado «O Novo Regime do Maior Acompanhado», realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 13 de Dezembro de 2018. No entanto, a versão original, pela sua extensão, foi dividida em dois artigos. Um que será publicado nas conclusões do Congresso e onde se faz a um enquadramento geral do instituto do maior acompanhado em confronto com o instituto alemão da *Betreuung* e à luz da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência. O outro é o artigo que aqui se publica. Porque a sua génese é comum, com vista a garantir a unidade e coerência de ambos os artigos, são reproduzidos, em ambos, os pontos «Introito», «Linhas mestres do edifício jurídico de salvaguarda dos direitos e interesses do beneficiário» e «Conclusões»⁽¹⁾.

Posto isto, com este trabalho pretende-se lançar a discussão sobre alguns dos aspectos da revisão do regime das incapacidades do Código Civil para uma

^{*} Auditor de Justiça; Investigador do Centro de Direito da Família.

¹ Adverte-se ainda o leitor para o ponto II («Princípios estruturais: matriz principal») que corresponde a uma versão revista do nosso — A Proteção do Incapaz Adulto no Direito Português (Coimbra: Coimbra Editora, 2011), pp. 13-61.

sistema de salvaguarda de interesses da pessoa maior, a que o legislador designou de maior acompanhado.

Não é aqui o momento de fazer uma apreciação ampla do novo regime, antes o propósito de discutir criticamente os princípios fundadores do novo regime e a sua transposição no normativo legal do Código Civil e Código Processo Civil em que assenta o novo regime jurídico.

Já tivemos oportunidade de trabalhar nestas matérias. Foi, aliás, este o objecto da minha dissertação de mestrado enquadrada na linha de investigação do Centro de Direito da Família⁽²⁾, na qual se incluem ainda os trabalhados de PAULA TÁVORA VÍTOR⁽³⁾. Foi no âmbito desta linha de investigação, que, por solicitação do Ministério da Justiça, se elaborou um estudo e proposta de revisão do Código Civil com vista a um novo sistema de salvaguarda dos direitos e interesses das pessoas maiores⁽⁴⁾.

Naturalmente, este trabalho de intensa reflexão sobre a condição jurídica das pessoas maiores em situações de incapacidade servirá de ponte para a análise crítica que aqui fazemos sobre o novo regime do maior acompanhado, precisamente aquele que teve acolhimento legal.

Convido, por isso, o leitor a fazer um retrospectiva dos antecedentes à aprovação da actual lei, nomeadamente o Projecto de Lei n.º 61/XIII/1.^a (PSD e CDS-PP) – «66.^a Alteração ao Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47/344, de 25 de Novembro de 1966, modificando o regime das incapacidades e seu suprimento, e adequação de um conjunto de legislação avulsa a este novo regime»⁽⁵⁾ e que espoletou o pedido do Ministério da Justiça ao Centro de Direito da Família para elaboração de um projecto alternativo, condicente com o espírito

² A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português (Coimbra: Coimbra Editora, 2011).

³ De destacar a dissertação de mestrado: A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída (Coimbra: Coimbra Editora, 2008).

⁴ PAULA TÁVORA VÍTOR e GERALDO ROCHA RIBEIRO. — Proposta de Lei sobre a Condição Jurídica das Pessoas Maiores em Situação de Incapacidade. Revisão do Código Civil, Centro de Direito da Família, 17 de janeiro de 2017 (in www.centrodedireitodafamilia.org) [em linha] acedido em 1 de Fevereiro de 2019.

⁵ Será pertinente ver, entre outras, a nossa intervenção e de PAULA TÁVORA VÍTOR na Assembleia da República a respeito da discussão pública.

e direitos consagrados na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com deficiência.

Foi na sequência deste projecto do Centro de Direito da Família que foi elaborado o Estudo Legislativo designado de «Da situação do maior acompanhado – estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores» e, após consultas públicas, que foi apreciado e aprovado o projecto de lei e consequente Lei n.º 49/2018, 14-08⁽⁶⁾.

As principais alterações operadas ao sistema são sintetizadas no denominado «Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores» nos seguintes termos: adopção de um modelo monista, material e de conformação judicial; «abertura» ao maior acompanhado, salvo decisão expressa do juiz contrário, de diversos actos pessoais, processo de matriz predominantemente de «jurisdição voluntária»; e, em termos de técnica legislativa, a adopção de um modelo não regulamentar⁽⁷⁾. É feita pelos autores do estudo acima mencionado uma referência expressa ao instituto alemão da *Betreuung* como modelo em que se baseou o regime português do maior acompanhado e que, por isso, servirá, quando pertinente, de bordão interpretativo à solução legal adoptada.

É, aliás, a referência a este exemplo alemão que trataremos autonomamente para revelar os escolhos do modelo adoptado e as dificuldades que este encerra em termos de compatibilidade com a Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (de ora em diante designada por Convenção)⁽⁸⁾. Perante a multiplicidade de fontes constitucionais, internacionais (desde logo a Convenção

⁶ Ver a remissão para estes no e-book do CEJ o [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019.[Consultado em 15 de Fevereiro de 2019].

⁷ «Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores» [em linha, disponível no sítio www.smmp.pt] p. 104.

⁸ A Convenção foi aprovada pela Resolução da Assembleia da República nº 56/2009, 30-07 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 71/2009, 30-07. Portugal aderiu ainda ao Protocolo Opcional à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adoptado em Nova Iorque em 30 de Março de 2007, aprovado Resolução da Assembleia da República nº 57/2009, 30-07 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República nº 72/2009, 30-07.

Europeia dos Direitos Humanos) e legais, devemos ter em consideração o entrecruzar e a valoração harmoniosa dos direitos e interesses da pessoa maior no desenho e aplicação do novo paradigma da sua protecção. Existe uma teia axiológica-normativa que dinamicamente impele as múltiplas ordens jurídicas e suas garantias e instituições para uma construção conforme com os direitos da pessoa maior e à qual o próprio regime da *Betreuung* não tem sido alheio.

O novo regime do Código Civil é a realização infraconstitucional das liberdades e direitos das pessoas com deficiência, aqui designadas como beneficiárias e, enquanto tal, deve ser visto como um sistema garantístico daquelas posições jurídicas. Desde logo, e por referência ao artigo 12.º, n.º 3 da Convenção, este sistema assenta nos princípios da não discriminação, da autodeterminação, da subsidiariedade e da proporcionalidade (elencados no artigo 3.º da Convenção⁹), o que impõe uma intervenção que tutele o beneficiário dos riscos de heterodeterminação de interesses, relações de subordinação e conflitos de interesses (em especial na relação com o cuidador, no novo regime designado como acompanhante) e que o defende face a intervenções abusivas e arbitrárias do Estado.

II. Princípios estruturais: matriz principal

A concepção axiológico-normativa do direito impõe a determinação dos princípios normativos agregadores da unidade valorativo-jurídica do sistema. Este é o ponto de partida e de chegada da concretização do direito constituído pela Lei n.º 49/2018, 14-008. Sem se ater aos princípios e à sua função optimizadora das liberdades e direitos do beneficiário, o aplicador corre o sério risco de um interpretação turva quanto aos propósitos da aplicação do novo regime e, acima de

⁹ Devem ainda ser tidos em consideração os princípios elencados no artigo 3.º da Convenção: Respeito pela dignidade inerente, autonomia individual, incluindo a liberdade de fazerem as suas próprias escolhas, e independência das pessoas, não discriminação, participação e inclusão plena e efectiva na sociedade, respeito pela diferença e aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e humanidade, igualdade de oportunidade, acessibilidade, igualdade entre homens e mulheres, respeito pelas características de desenvolvimento das crianças com deficiência a preservação das suas identidades.

tudo, corre o risco de defraudar os direitos e interesses do destinatário da revisão legal.

Para isso, é importante ter presente que a Convenção confere um mandato preciso no que toca à revisão das soluções civilísticas que se sagrem num sistema inclusivo e de efectiva salvaguarda dos direitos e interesses da pessoa maior com deficiência⁽¹⁰⁾. No entanto, num esforço interpretativo actualista do anterior regime — que há muito se impunha —, conseguimos encontrar já consagrados na ordem jurídica portuguesa os princípios que vieram a ser materializados com a Convenção.

Ao nível do direito interno, encontramos como linha de prumo das soluções civilísticas as normas da Constituição da República Portuguesa. Na verdade, o regime de salvaguarda das pessoas maiores tem de ser compreendido à luz do princípio da igualdade (artigo 13.º, n.º 1 da Constituição) e da aplicação directa dos direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.º 1 da Constituição). Falar em intervenções na esfera jurídica do beneficiário pressupõe, em termos objectivos, uma restrição aos direitos ao livre desenvolvimento da personalidade, à autodeterminação informacional, à capacidade civil (todos consagrados no artigo 26.º da Constituição), e também do direito a constituir família (artigos 36.º, n.º 1 e 67.º da Constituição), entre outros. Tal restrição terá que ser conforme as exigências do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3 da Constituição, o que convoca o princípio da proporcionalidade em sentido amplo como critério decisório num duplo momento: em primeiro lugar, na sindicância das opções do legislador; em segundo lugar, na concretização das opções legais, em especial, pelo tribunal, mas igualmente pelo acompanhante. Com o regime do maior acompanhado é prevista uma nova relação jurídica que convoca uma permanente vinculação aos direitos fundamentais do beneficiário e que vai para lá da mera dimensão interna da relação beneficiário-acompanhante.

¹⁰ Neste sentido andou o Comité dos Direitos das Pessoas com Deficiência, no Relatório de 20 de Maio de 2016 (disponível no sítio <https://www.ohchr.org> [em linha], acedido em 26 de Fevereiro de 2019).

A relação jurídica de acompanhamento caracteriza-se pela sua natureza eminentemente pessoal (mesmo quando o âmbito de atribuições seja exclusivamente patrimonial, exige-se um contacto directo e pessoal entre beneficiário e acompanhante, como decorre do artigo 146.º, n.º 2 do Código Civil), é dirigida para a promoção da liberdade e capacidade do beneficiário (a construção e efectivação da relação é feita de forma paritária e nunca de subordinação) e tem um carácter complexo (o feixe de vínculos passa pelo dever matricial de cuidado a cargo do acompanhante e consequente posição de garante que assume perante os interesses do beneficiário e que impõem um ónus de acção em caso de situações de manifesta inadequação ou insuficiência dos poderes do acompanhamento⁽¹¹⁾).

A relação poderá ou não assumir um carácter duradouro — ainda que não seja obrigatório, a relação tenderá a pressupor uma necessidade de acompanhamento estável ou prolongada no tempo —, mas será sempre fundada num vínculo fiduciário, enquanto condição para o sucesso do fim da medida de acompanhamento. Apesar da posição de paridade e reconhecimento do beneficiário como sujeito pleno de direitos, poderá, em situações limite, conferir-se poderes-deveres de cuidado autoritários, com vista a remover um perigo para o beneficiário, seja de auto ou hetero-colocação. Nesta dimensão relacional, a autoridade surge como instrumento necessário à remoção do perigo, mas que incontornavelmente se encontra limitada pelo teste da proporcionalidade em sentido estrito, em confronto com a inviolabilidade e intangibilidade do núcleo essencial da liberdade e direitos do beneficiário. A título de exemplo, pensemos na existência de doença mental que torna incontroláveis os ímpetos sexuais de uma pessoa com capacidade diminuída, e que, de forma alguma admite uma restrição da sua capacidade para, por exemplo, procriar. O mesmo resulta para a aferição e tomada de decisão em sede de esterilização com finalidades não terapêuticas ou

¹¹ Desde o pedido de revisão da medida, ou mesmo de cessação, até às situações de conflitos de interesses, nos termos do artigo 150.º do Código Civil.

interrupção voluntária da gravidez não consentida⁽¹²⁾. O perigo decorrente de relações sexuais não é possível ser suprimido por recurso da medida de restrição de capacidade e substituição de decisão, nem por imposição de poderes-deveres que coarctem a liberdade do beneficiário. No entanto, já é admissível, porque conforme com o critério da proporcionalidade em sentido estrito, a previsão de poderes-deveres de cuidado tendentes à aplicação de contraceptivos, por exemplo, por via de emplastro, ou ainda de poderes-deveres de cuidado que confirmam autoridade para limitação de acesso a determinados bens ou serviços, acesso a certos locais em determinadas horas, desde que estes sejam exercidos em função de um concreto e fundado perigo. No entanto, atenta a carga potencialmente restritiva da liberdade do beneficiário, tais poderes têm que ser expressos em sentença, o seu exercício circunscrito a uma situação de perigo real e actual o que tende, a confinar tais medidas a um âmbito provisório, sujeito a revisão periódica⁽¹³⁾. Note-se, todavia, que o interesse processual na constituição ou

¹² Sobre a proposta de regulação dos poderes do cuidador em matéria de procriação e interrupção voluntária da gravidez, vejam-se as propostas de alteração do Código Civil e Código Penal, constantes da Proposta do Centro de Direito da Família:

*Artigo 156.º-E
Esterilização*

1. *A esterilização do curatelado não determinada por razões de natureza médica é proibida.*
2. *O recurso a meios de controlo da fertilidade que não impliquem a esterilização é decidido pelo curador no âmbito das suas atribuições.*
3. *É admitida a esterilização por razões de natureza médica, mediante decisão do curador, sujeita a autorização judicial, sempre que se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos:*
 - a) *Se preveja que a falta de capacidade de entender e querer da curatelada seja irreversível;*
 - b) *A esterilização seja o meio adequado e necessário para evitar a gravidez;*
 - c) *A gravidez tenha implicações sérias e graves na saúde física ou psíquica da curatelada; e*
 - d) *O método de esterilização a adoptar seja o menos invasivo e, se possível, reversível.*

*Artigo 142.º Código Penal
(...)*

5. *No caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos, o consentimento é prestado pelo representante legal; se esta possuir o discernimento necessário para se opor à decisão do representante legal, o consentimento é judicialmente suprido.*
6. *No caso de a mulher grávida ser psiquicamente incapaz, o consentimento é prestado, sendo menor, pelo seu representante legal e, sendo maior, pelo seu curador mediante autorização judicial ou, na ausência deste, pelo tribunal.*

¹³ E neste domínio encontramos uma brecha no sistema jurídico aprovado. A estrutura monolítica do acompanhamento revela o risco de inoperância e rigidez das medidas perante a necessidade de

revisão do acompanhamento pode esgotar-se nos efeitos úteis da aplicação da medida cautelar ou provisória, o que torna desnecessário o prosseguimento do processo principal. Daí que, nestes casos, o tribunal deva ter especiais cautelas quanto à adequação e gestão processual.

O novo paradigma exige a realização efectiva e substantiva dos direitos em todos os momentos da relação jurídica de acompanhamento, em particular na relação entre acompanhante e beneficiário e na dimensão processual tendente à sua constituição, revisão e extinção e incidentes (os pedidos de autorização, p. ex.). Quanto a esta última dimensão, as exigências de um processo equitativo pressupõem a imediação e participação do beneficiário devem ser garantidas, sendo conferida ao beneficiário a oportunidade processual de ter um discurso presente e directo perante o tribunal. Deve, inclusive, promover-se um processo dialógico com o beneficiário dando-lhe efectiva oportunidade para afirmar os seus interesses e como pretende que seja desenhado o acompanhamento⁽¹⁴⁾. Há, por

uma actuação precoce, actual e mínima para a tutela dos direitos e interesses do beneficiário. O artigo 139.º, n.º 2 do Código Civil e artigo 891.º, n.º 2 Código de Processo Civil ainda que admitam a adopção de medidas cautelares ou provisórias, tal possibilidade encontra-se acoplada ao regime das providências cautelares e consequente acessoriedade e instrumentalidade destas (daí a referência em «qualquer altura do processo»). Isto ainda que seja possível a medida esgotar o objecto e utilidade da acção principal. Ou seja, numa perspectiva dinâmica da relação, os momentos constitutivo e revisão implicam uma marcha processual nem sempre consentânea com a ideia de um processo funcionalizado aos interesses do beneficiário. A necessidade de alegar superveniência da necessidade aliada às exigências processuais inerentes à modelação da medida (mesmo perante a flexibilidade e adequação processual que a natureza de jurisdição voluntária comporta), acarreta uma necessidade de ponderação que não é consentânea com as intervenções pontuais e temporalmente circunscritas. Porquê mexer no acompanhamento se está identificada a necessidade da medida (p.ex., a necessidade de realizar um acto de natureza patrimonial, perante um âmbito de atribuições puramente pessoal) ou para quê convocar o acompanhamento se a intervenção é pontual e os demais interesses se encontram acautelados por instrumentos voluntários. É certo que o legislador incorpora a matriz de jurisdição voluntária como instrumento de concretização da função do processo, mas esta apresenta-se como regra em branco, processualmente discricionária e promotora de soluções *ad hoc*, com riscos consideráveis em domínios em que a decisão sobre a gestão de interesses do beneficiário representa um sério perigo de restrição arbitrária dos seus direitos fundamentais ou possível hetero-determinação (pensem-se nas decisões de mudança de residência, cessação de contratos de acolhimento residencial e assistência, interrupção voluntária de gravidez, entre outros).

¹⁴ A intervenção processual do beneficiário deve ser vista como meio de assegurar não só afirmação da autenticidade dos seus interesses, como procurar uma decisão «negociada» que permita obter a sua adesão. O resultado que advinha da sentença constitutiva da relação de acompanhamento deve assumir uma função, ela própria, terapêutica ao promover um processo garanta a autodeterminação do beneficiário. Sobre a justiça terapêutica, veja-se DAVID WEXLER.— The Development of

isso, uma interdependência entre direitos substantivo e processual, porquanto o beneficiário deve ser visto sempre como sujeito processual e não mero objecto. O processo enquanto instrumento de realização do direito substantivo deve ser uma extensão da posição activa da relação jurídica de acompanhamento. A principal consequência é a funcionalização do processo aos interesses do concreto beneficiário e que deve assegurar a sua intervenção activa na direcção do processo e na garantia dos seus direitos (em especial, audição e contraditório) perante decisões que que impliquem a restrição dos seus direitos fundamentais⁽¹⁵⁾.

Assumindo o legislador uma opção no que se refere ao núcleo essencial dos poderes do tribunal na jurisdição voluntária (v. artigo 891.º, em conjugação com os artigos 986.º a 988.º do Código de Processo Civil), teremos de fazer corresponder ao processo e aos poderes de direcção do tribunal uma duplice vinculação: à salvaguarda da liberdade e capacidade do beneficiário e dos seus direitos, por um lado, e a funcionalização de um recorte do âmbito de atribuições e individualização do responsável por essas atribuições à vontade e interesses do beneficiário, por outro. A matriz processual característica da jurisdição voluntária convoca o tribunal para exercer uma função activa de direcção do processo (em particular no que diz respeito à produção de prova) e simultaneamente de garante dos direitos fundamentais do beneficiário (quer dos direitos processuais deste, quer da conformidade do desenho da medida com os seus direitos fundamentais, nomeadamente com a sua máxima preservação destes).

Em particular perante a natureza do processo ser eminentemente de jurisdição voluntária (artigo 891.º, n.º 1 do Código de Processo Civil). Ainda que a distinção entre jurisdição contenciosa e voluntária seja eminentemente formal, no processo especial do maior acompanhado, a gradação da intervenção impõe

Therapeutic Jurisprudence: From Theory to Practice. in Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico. 68 (1999). pp. 691-706 e, em particular, no âmbito da saúde mental, DAVID WEXLER. — Mental Health Law and the Movement Toward Voluntary Treatment. in California Law Review. 62 (1974) 3. pp. 671-692.

¹⁵ Veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 4 de Junho de 2019 (ECLI:PT:TRC:2019:647.18.9T8ACB.C1.8B, disponível no sítio jurisprudencia.csm.org.pt).

especiais cautelas ao tribunal quando a medida pretendida seja contra a vontade do beneficiário (porque não a autoriza ou a ela se opõe) ou pressuponha uma decisão substitutiva ou intrusiva da esfera de direitos do beneficiário.

Será ainda de realçar a especial vocação do Ministério Público, seja na promoção, seja na garantia da legalidade e tutela do beneficiário, para assumir a função crucial e de charneira na realização do sistema garantístico dos direitos do beneficiário. Já antes se afirmava, mas hoje é incontroverso, que a marcha do processo, as medidas cautelares e provisórias, os meios de prova e a decisão final são delineados em função do interesse exclusivo do beneficiário. É a centralidade deste interesse que vincula a actuação do tribunal até à decisão final⁽¹⁶⁾. Na sua dimensão material, o processo de acompanhamento é de verdadeira jurisdição voluntária porquanto está adstrito à *administração* do interesse do beneficiário, seja ele o requerente ou o requerido. E na vertente da *administração* deste interesse, terá o mesmo que garantir e promover a autodeterminação processual e substantiva do beneficiário. No entanto, esta nota sobre os poderes deveres do tribunal em nada reduz a vinculação a garantias processuais quando em causa esteja a limitação ou restrição de direitos fundamentais do beneficiário. A possível confluência de outros interesses conexos ou conflituantes com os do beneficiário não podem tolher o tribunal na sua função de decidir a constituição e/ou modelação do acompanhamento a partir das necessidades do beneficiário e da adequação da medida a adoptar. E estas necessidades e juízo de adequação supõem o recorte de uma medida que inclua o beneficiário nos processos de decisão a tomar no âmbito da relação jurídica de acompanhamento respeitante à formação e formulação da sua vontade.

Para isso, o ponto de partida é o reconhecimento pleno da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1.º da Constituição. A dignidade da pessoa humana é erigida como princípio basilar e limite do Estado de Direito

¹⁶ Já antes da presente revisão se defendia uma natureza híbrida deste tipo de processos. Veja-se PAULA TÁVORA VÍTOR, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída* (Coimbra: Coimbra Editora, 2008), p. 140 e seguintes.

Democrático. CASTANHEIRA NEVES afirma que o homem e a sua dignidade são “o maior valor, o «supremo bem», a que todos os valores são referidos”⁽¹⁷⁾. O artigo 1.º da Constituição estatui, de forma expressa, que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana”. O poder do Estado assenta, assim, na pessoa humana, consagrando, simultaneamente, a pessoa como fim em si mesmo – a dignidade da pessoa humana é um *prius*⁽¹⁸⁾ – e afirmando a dignidade como um verdadeiro axioma de toda a ordem jurídica⁽¹⁹⁾. Este princípio apresenta-se como limite e fundamento do Estado, incorporando igualmente uma dimensão valorativa própria, assente na pessoa e transfigurada, por isso, em muitos direitos fundamentais, em particular no direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana.

A pessoa assume-se como um fim em si mesmo, fazendo impender sobre o Estado o dever de concretizar e defender a inalienável e indisponível personalidade humana. Este mandato deve ser o *prius* do novo regime num duplo sentido: por um lado, em prol da garantia de autodeterminação prospectiva do cuidado pelo próprio beneficiário e do reconhecimento de instrumentos de cuidado privado bastantes; por outro lado, no sentido de assegurar que a insturação da medida institucional do acompanhamento se pauta por uma intervenção mínima e garantística dos direitos e interesses do beneficiário.

¹⁷ CASTANHEIRA NEVES. — “Justiça e Direito”, in *Digesta - Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. I (Coimbra: Coimbra Editora, 1995), p. 278.

¹⁸ J. J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA. — *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª edição revista (Coimbra: Coimbra Editora, 2007), p. 198; JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I (Coimbra: Coimbra Editora, 2005), p. 53. Numa perspectiva civilística, ver ORLANDO DE CARVALHO. — *Teoria Geral do Direito Civil* (Coimbra: Centelha, 1981), p. 161. A pessoa humana é «o bem supremo da nossa ordem jurídica, o seu fundamento e o seu fim»: cf. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA. — *O direito geral de personalidade* (Coimbra: Coimbra Editora, 1995), p. 97. Nas palavras de BARBOSA DE MELO, o princípio da dignidade da pessoa humana assume-se como «primeiro princípio ou axioma antropológico do ideal democrático, a verdadeira norma fundamental (*Grundnorm*) da ordem jurídica e social da democracia» (cf. *Democracia e Utopia (reflexões)* (Porto, policopiado, 1980), p. 17).

¹⁹ Cf. PAULO MOTA PINTO. — “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade” em *Portugal-Brasil Ano 2000* (Coimbra: Coimbra Editoria, 1999), p. 151.

É este sentido antropológico que encarna, fundamenta e delimita a ordem jurídica, funcionando a consagração do princípio da dignidade como uma compressa que assegura a unidade metodológica e valorativa dos direitos fundamentais consagrados na nossa Constituição, conferindo, assim, a necessária abertura e liberdade de conformação com as exigências evolutivas da pessoa humana⁽²⁰⁾. É numa relação de intersubjectividade — implicando, por isso, um reconhecimento recíproco por todos os indivíduos⁽²¹⁾ — que se materializa, na sua extensão transversal, neste princípio, sempre mediado pelo circunstancialismo e limitado temporalmente do próprio indivíduo, sociedade e Estado⁽²²⁾.

Igualmente, não há reconhecimento e tutela da dignidade da pessoa humana sem a correspondente garantia de não discriminação. A condição de pessoa impõe um equivalente estatuto jurídico que confira igual idoneidade e faculdade jurídica de acção e participação. Por isso, é tão caro à Convenção o artigo

20 Cf. J. J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA. — Constituição da República Portuguesa Anotada, 4.^a ed. (Coimbra: Coimbra Editora, 2007). p. 199; José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.^a Edição (Coimbra: Almedina, 2004), pp. 97-101; Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa* (Coimbra: Coimbra Editora, 2004), pp. 52-53.

21 Cf. J. J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA. — Constituição da República Portuguesa Anotada, 4.^a ed. (Coimbra: Coimbra Editora, 2007). p. 199. Ver, ainda, JORGE MIRANDA. — Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais, 3.^a ed., Tomo IV (Coimbra: Coimbra Editora, 2000), p. 189.

A este respeito, HASSO HOFMANN fala da dignidade da pessoa humana como conceito de relação ou comunicação (cf. — *Die versprochene Menschenwürde*, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1993, p. 358). Ver, ainda, João Carlos Gonçalves Loureiro, “O Direito à Identidade Genética do Ser Humano”, em *Portugal-Brasil Ano 2000* (Coimbra: Coimbra Editora, 1999), p. 281. A ideia de relação ou comunicação inscreve-se no princípio de respeito mútuo [Prinzip des gegenseitigen Achtens — KARL LARENZ; MANFRED WOLF. —, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 2004), p. 30], ou seja, a dignidade da pessoa vale por si como um fim que tem de ser reconhecido pelos outros, assim como essa pessoa tem de reconhecer e respeitar a dignidade dos demais. Ver ainda ORLANDO DE CARVALHO. — *Teoria Geral do Direito Civil* (Coimbra: Centelha, 1981), p. 181; e RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA. — *O direito geral de personalidade* (Coimbra: Coimbra Editora, 1995), p. 559, n. 119.

22 A dignidade da pessoa humana deve ser entendida como uma ideia de dignidade-valor, ou seja, e segundo JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “reconhecida pelo Direito a cada indivíduo pelo facto de ele ser pessoa, independentemente de saber se isso constitui enteléquia (uma essência em si), uma representação ou o nome para um conjunto de necessidades características do homem como ser espiritual indeterminado e inespecífico (mesmo que seja visto como «um animal de espírito adoecido»)” [*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.^a Edição (Coimbra: Almedina, 2004), p. 98, n. 58].

12.º, n.º 2 no reconhecimento jurídico de uma plena capacidade jurídica (na sua dupla dimensão: de gozo e de agir), uma vez que a construção jurídica de capacidade não pode servir de expediente de exclusão de modo a que a pessoa não possa, afinal, governar os seus interesses económicos, sociais e culturais. A afirmação da individualidade e dignidade do titular de uma esfera jurídica depende da acção individual e livre e não funciona por substituição de terceiro. Recusar essa capacidade significa privar a pessoa das condições jurídicas e materiais de exercício dos mais elementares direitos e deveres comuns a todas as pessoas. Isto acontece, em especial, quando a esfera de interesses é pessoal, como sucede no caso de direitos reprodutivos, de saúde, liberdade de constituir família, liberdade de fixar a residência, etc.(²³).

A ordem jurídica assenta, pois, no personalismo ético que reconhece liberdade para a autodeterminação individual e responsável da pessoa (ou seja, reconhecer a dignidade da pessoa humana é consagrar a sua autodeterminação e consequente responsabilidade). A imposição de limites por parte do Estado a estas dimensões essenciais da ordem jurídica é admissível apenas a título excepcional e por necessidade de protecção de interesses jurídicos superiores ou equivalentes. Reconhece-se à pessoa a liberdade real e jurídica de conformar a sua vida e gerir os seus interesses, não podendo o Estado, por isso, impor arbitrariamente um paternalismo anacrónico e redutor da essência humana(²⁴).

O Estado não deve, na sequência do exposto, concretizar, de forma rígida e fechada, qual o conteúdo da dignidade. Ao poder judicial cabe conferir garantias de concretização e materialização de uma dignidade sempre assente na liberdade e autonomia individual, contrastada com os difíceis, mas necessários, ajustes e

²³ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES — General comment on Article 12: Equal recognition before the law, Eleventh session, <https://www.ohchr.org> [em linha] consultado em 12 de Janeiro de 2019. para. 8.

²⁴ Cf. KARL LARENZ/MANFRED WOLF. — Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 2004), p. 24, Rn 14, e DIETER MEDICUS. — Allgemeiner Teil des BGB, 9. Auflage (Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2006), p. 74, Rn 173-174.

equilíbrios concretos, a fim de evitar a colisão e violação de direitos fundamentais⁽²⁵⁾.

Estas considerações implicam que o princípio da dignidade da pessoa humana seja centrado a partir da perspectiva da pessoa e que nela se desenvolva e se materialize, recusando-se qualquer imposição ou determinação exógena, quer pelo Estado, quer por terceiros. A cada ser humano deverá ser reservada a competência para definir e conformar a sua própria vida, o que implica uma realização inevitavelmente circunstancial deste princípio, quanto à definição e materialização do seu concreto conteúdo. Não pode, por isso, o Estado assumir uma função paternalista e impor uma proteção não querida pelo próprio⁽²⁶⁾. Esta conclusão deve ser enquadrada como a premissa maior do silogismo judiciário no momento de apurar a capacidade do beneficiário e a verificação do pressuposto processual — assim deve ser assumido — para a intervenção e constituição do acompanhamento. Esta dignidade só é garantida se a mesma for garantida pela não discriminação da pessoa em razões da sua deficiência na sua dimensão social (*vide infra*).

Em duas ideias, diremos que à pessoa se reserva o poder de livre e autonomamente determinar a sua própria dignidade e ao Estado não é possível arrogar-se o poder (ainda que poder-dever) de a proteger de si própria, impedindo-a, de forma liminar, de exercitar ou renunciar a direitos fundamentais integrados

²⁵ Cf. GOMES CANOTILHO diz que a referência, na Constituição, ao princípio da dignidade da pessoa humana visa “tornar claro que na dialéctica «processo-homem» e «processo-realidade» o exercício do poder e as medidas da praxis devem estar conscientes da identidade da pessoa com os seus direitos (pessoais, políticos, sociais e económicos), a sua dimensão existencial e sua função social” (cf. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas* (Coimbra: Coimbra Editora, 1982), pp. 34-35]. Ver ainda JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa* (Coimbra: Coimbra Editora, 2004), p. 59.

²⁶ Assim, e conforme JORGE REIS NOVAIS, quando afasta a definição e concretização do conteúdo do conceito de dignidade pela maioria, «o princípio da dignidade da pessoa humana acaba, assim, por constituir o fundamento da concepção dos direitos como trunfos, *porque é dessa igual dignidade de todos que resulta o direito de cada um conformar autonomamente a existência segundo as suas próprias concepções e planos de vida que têm*», sublinhado nosso (Direitos Fundamentais: Triunfos contra a Maioria (Coimbra: Coimbra Editora, 2006), p. 31).

nas sua esfera jurídica⁽²⁷⁾. Assim, não podemos ter outra interpretação deste princípio que não seja a de o entendermos radicado na pessoa, dotado de uma natureza e carácter universal e, ao mesmo tempo, de uma concretização particular, reconhecendo a liberdade e, consequentemente, a autonomia a cada um⁽²⁸⁾.

Neste sentido, e como vimos, a dignidade da pessoa humana exige que a ordem jurídica tutele e reconheça a personalidade humana como plena, num sentido universal e igualitário, bem como a sua liberdade e responsabilidade, decorrência da dignidade numa perspectiva inter-relacional, mas também que sejam previstos e garantidos pela ordem jurídica instrumentos jurídicos que defendam e efectivem as diversas refracções da personalidade humana⁽²⁹⁾. Assim, como refere ORLANDO DE CARVALHO, a tutela da personalidade, por reconhecimento da dignidade da pessoa humana, assenta na necessidade, imposta pela imanência da natureza humana, que cada indivíduo seja verdadeiramente uma pessoa e que, por isso, se lhe garantam as «**condições essenciais ao seu ser e devir**» [sublinhado nosso]⁽³⁰⁾.

O instrumento de garantia material da dignidade parte da proibição da não discriminação pela consagração do princípio da igualdade, em especial, através da leitura integrada do artigo 12.º, n.º 2, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com o artigo 13.º da Constituição. Uma das premissas é a recusa de um sistema assente na ablação do reconhecimento das faculdades de autodeterminação da esfera de interesses por consagração de incapacidades e por modelos de substituição da vontade. A este respeito o artigo

²⁷ Cf. JORGE REIS NOVAIS. — *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa* (Coimbra: Coimbra Editora, 2004), p. 62.

²⁸ Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE. — *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.ª Edição (Coimbra: Almedina, 2004), p. 101; JORGE REIS NOVAIS. — *Direitos Fundamentais: Triunfos contra a Maioria* (Coimbra: Coimbra Editora, 2006), p. 30.

²⁹ Cf. PAULO MOTA PINTO. — “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, in *Portugal-Brasil Ano 2000* (Coimbra: Coimbra Editora, 1999), p. 151.

³⁰ Cf. ORLANDO DE CARVALHO. — *Os direitos do Homem no Direito Civil* (Coimbra: Vértice, 1973), p. 24.

12.º, n.º 3 da Convenção é claro na consagração dos modelos de apoio-assistência⁽³¹⁾.

Em particular no que toca ao reconhecimento jurídico da capacidade de gozo e de agir. A capacidade jurídica distingue-se da capacidade natural ou de facto⁽³²⁾. Aquela enquanto construção jurídica que visa tornar operativo o governo dos interesses do seu titular, é uma idoneidade normativamente construída, mas nem por isso vinculada à dignidade da pessoa humana. Já a capacidade natural ou de facto prende-se com as faculdades intelectuais, volitivas e cognoscitivas tendentes à formação e formulação de uma vontade de decisão. A primeira corresponde a uma garantia objectiva reconhecida a todos, a segunda, prende-se com o circunstancialismo e contexto em que a pessoa recebe, processa e toma uma decisão. Nesta confrontam-se limitações emergentes das inter-relações sociais e do seu contexto. A ordem jurídica deve facultar instrumentos que permitam suprir a inabilidade da pessoa, assim promovendo a sua inclusão. A capacidade jurídica deve entender-se como instrumento conatural à faculdade de autodeterminação da pessoa, pelo que a sua concretização estará umbilicalmente dependente da relação jurídica e suas exigências próprias e essenciais de eficácia e validade.

³¹ Aqui entendido num sentido próprio e distinto da assistência como meio de suprimento da incapacidade no sentido estrito como vinha até aqui sendo dado pelo Código Civil.

³² O Comité da Convenção das Nações Unidas deixa claro que o reconhecimento de igual capacidade se estende a todas as suas dimensões, no caso do ordenamento português, à capacidade jurídica de gozo e de agir («legal capacity includes the capacity to be both a holder of rights and an actor under the law. Legal capacity to be a holder of rights entitles a person to full protection of his or her rights by the legal system. Legal capacity to act under the law recognizes that person as an agent with the power to engage in transactions and create, modify or end legal relationships.»). Afirma, ainda, que «a person's status as a person with a disability or the existence of an impairment (including a physical or sensory impairment) must never be grounds for denying legal capacity or any of the rights provided for in article 12. All practices that in purpose or effect violate article 12 must be abolished in order to ensure that full legal capacity is restored to persons with disabilities on an equal basis with others» (³² COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES — General comment on Article 12: Equal recognition before the law, Eleventh session, <https://www.ohchr.org>, [em linha] consultado em 12 de Janeiro de 2019. para. 12 e 9, respectivamente).

O artigo 12.º da Convenção impede que se recorra à condição de deficiência como justificação de recusa ou limitação da capacidade jurídica de uma pessoa⁽³³⁾. Esta premissa é fundamental para arregimentar a interpretação de todas as normas que têm na sua hipótese uma séria possibilidade de recusar reconhecer plena capacidade jurídica de gozo e de agir do beneficiário.

Existe uma verdadeira presunção de plena aptidão da pessoa maior com deficiência (aqui entendida no sentido social tal como se encontra consagrada na Convenção). Não deve ser preocupação do legislador reconhecer direitos que são inatos ou universalmente reconhecidos à pessoa na sua plena dignidade, antes garantir a autodeterminação pelo beneficiário e, fundamental, assegurar que a actuação do Estado e de terceiros sejam meios idóneos a realizar a vontade do beneficiário e não a heterodeterminar em função de um interesse objectivo. Há assim um ónus de provar que as medidas (quer por acção, quer por omissão) não são discriminatórios e que é transversal a todas as relações jurídicas (quer na dimensão vertical, quer horizontal) que se defina a deficiência como critério suspeito a incorporar na lista do artigo 13.º, n.º 2 da Constituição⁽³⁴⁾. A inclusão da deficiência na lista de critérios suspeitos é tanto mais importante, quando encontramos já no direito europeu o alargamento da tutela da não discriminação às pessoas com deficiência, muito por causa da adesão da União Europeia à Convenção⁽³⁵⁾.

O conteúdo constitucional do princípio da igualdade nas suas três dimensões — proibição do arbítrio, proibição de discriminação e obrigação de diferenciação — deve, portanto, conformar o regime de protecção das pessoas

³³ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES — General comment on Article 12: Equal recognition before the law, Eleventh session, <https://www.ohchr.org>, [em linha] consultado em 12 de Janeiro de 2019. para. 12.

³⁴ Tal reflecte-se, igualmente, nas relações laborais e além do previsto no artigo 155.º da Lei n.º 98/2009, 04-09 (Lei dos acidentes do Trabalho)

³⁵ Por Decisão do Conselho, de 26 de Novembro de 2009 relativa à celebração, pela Comunidade Europeia, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Existindo já repercussões da Convenção no âmbito do direito europeu, em particular no âmbito do direito do trabalho. Vejam-se os acórdãos do Tribunal de Justiça C-395/15, Mohamed Daoudi, para(s) 40-42; C-335/11 e C-337/11 - HK Danmark, para. 32 e C-363/12 - Z., C-363/12, para. 75.

maiores. Para tal, devem ser previstos instrumentos jurídicos que confirmam ao sistema suficiente flexibilidade para obter respostas adequadas às necessidades da pessoa com capacidade diminuída⁽³⁶⁾.

No que toca à proporcionalidade, o teste da necessidade assume imperiosa relevância, desde o facto constitutivo da medida até à sua cessação. Em especial, quanto ao fundamento para a sua constituição, funcionalização aos interesses individuais e, em especial, quando a medida possa implicar a restrição do seu estatuto legal (que deve ser compreendido como absolutamente residual e para casos cuja restrição se apresente como decisiva para acautelar os interesses exclusivos do beneficiário⁽³⁷⁾).

Quanto ao princípio da subsidiariedade temos de ter presente que o mesmo, no que à salvaguarda de interesses da pessoa maior, pressupõe o ponto de equilíbrio entre a intervenção protectiva do Estado e o seu modelo institucional — acompanhamento — e meios de cuidado privado voluntários ou de facto.

Este princípio acompanha, em estreita proximidade, a organização do cuidado privado⁽³⁸⁾. A prevalência dos instrumentos de representação futura ou permanente deve-se ao primado do cuidado da pessoa maior, incluindo-se, neste âmbito, as relações de facto emergentes da solidariedade familiar ou social (referimo-nos às prestações sociais ou ajuda material que resultam, p. ex. de relações de família, de vizinhança, da actuação de associações sem fins lucrativos, lares, entre outros)⁽³⁹⁾. Um dos problemas é a rigidez do sistema quando se

³⁶ Em particular, vejam-se os princípios n.ºs 2 e 3 da Recomendação R(99)4 do Comité de Ministros aos Estados-Membros sobre os princípios respeitantes à protecção jurídica de adultos com incapacidade, bem como a Resolução do Parlamento Europeu, de 1 de junho de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre a proteção dos adultos vulneráveis (2015/2085(INL)).

³⁷ ANDREA DIEKMANN. - Erforderlichkeit der Betreuung und der Vorrang anderer Hilfen. BtPrax - Betreuungsrechtliche Praxis. 5/2011. pp.185-188.

³⁸ Na perspectiva do direito francês, ver THIERRY FOSSIER, ANNICK BATTEUR, ANNE CARON-DEGLISE, MARIE-CHARLOTTE DALLE, LAURENCE PÉCAUT-RIVOLIER; THIERRY VERHEYDE. — *Curatelle, tutelle, accompagnements (Protection des mineurs et des majeurs vulnérables)* (Paris: Litec, 2009), pp.10-12.

³⁹ Neste ponto é importante ter presente o mecanismo social aprovado pelo Decreto-Lei n.º 129/2017, 09-10, designado de «Modelo de Apoio à Vida Independente». Este instrumento permite um primeiro de nível de inclusão da pessoa com deficiência sem a carga estigmatizante ou rigidez (inerente às garantias processuais e institucionais do acompanhamento e que veremos *supra*). É

apresenta o tudo ou nada entre o modelo de medida única ou a flexibilidade de um intervenção híbrida de garante dos direitos e interesses concretos do beneficiário, em particular, perante as situações de facto como os casos de jovens com problemas de saúde mental ou pessoas colocadas em instituições totais (lares residenciais). O Ministério Público deverá proceder a uma intervenção charneira que estabeleça a ponte entre os modelos de cuidado de facto ou voluntário com o cuidado institucional promovendo as necessárias correcções contra abusos. Incorpora-se um princípio da precaução no sistema como meio de prevenir situações de perigo que afectem os direitos e interesses do beneficiário⁽⁴⁰⁾.

A subsidiariedade apresenta-se, numa das suas dimensões, como a relação entre indivíduo e Estado (a outra diz respeito à técnica legislativa a seguir). Não podem ser retirados à esfera de domínio de uma pessoa assuntos concretos que esta é competente para tratar autonomamente, para os entregar ao Estado⁽⁴¹⁾.

A função primária deste princípio é, em primeiro lugar, controlar as tendências paternalistas do Estado. Assume, assim, uma função negativa ou de controlo quanto às tarefas do Estado, estando em estrita ligação com a afirmação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade⁽⁴²⁾. Por outro lado, pode

um primeiro instrumento de inclusão da pessoa com deficiência a quem é concedido a prestação de cuidado público enquanto *assistência pessoal de apoio à pessoa com deficiência ou incapacidade, para a realização de atividades que, em razão das limitações decorrentes da sua interação com as condições do meio, esta não possa realizar por si própria*. O artigo 10.º, n.º 4, do referido diploma, prevê a compatibilidade com o cuidado institucional, no entanto, tendo em consideração a aprovação do regime do maior acompanhado, devemos prever um modelo por níveis de intervenção, onde deve ser dada a prevalência a este em detrimento do acompanhamento.

⁴⁰ A este respeito VOLKER LIPP refere que a tutela conferida pelo direito civil, penal e administrativo pode não ser bastante, porquanto, mesmo havendo concatenação de todos os instrumentos jurídicos, por vezes não se conferem meios adequados para fazer face às necessidades da pessoa com capacidade diminuída. Dá como exemplo a preocupação de associações alemãs de pessoas com deficiência quanto os critérios de escolha do *Betreuer* e a promoção de autonomia do beneficiário e que esta, amiúde, é posta em causa pela relação excessivamente protectiva da família (Assistenzprinzip und Erwachsenenschutz - Zur Kritik des Fachausschusses zur UN-Behindertenrechtskonvention am Betreuungsrecht. FamRZ 2017, 4-11. p. 10.

⁴¹ Segundo a encíclica do PAPA PIO XI, «como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efectuar com a própria iniciativa e capacidade...» (Encíclica Quadragesimo, 1931, www.vatican.va [em linha], acedida em Julho de 2009).

⁴² Cf. KARL AUGUST VON SACHSEN GEESAPHE. — Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige: Modell einer mehrstufigen Eingangsschwelle der Betreuung und des Einwilligungsvorbehalts (Tübingen: Mohr Siebeck, 1999), p. 251. Ver também

também desempenhar uma função positiva ou de legitimação, quando compele à intervenção estadual perante a insuficiência da actuação privada. No fundo, o princípio da subsidiariedade desempenha o papel de regulador da distribuição de competências entre o indivíduo e o Estado. É por referência à subsidiariedade que se funda e legitima a intervenção intrusiva do Estado em relação à esfera jurídica da pessoa⁽⁴³⁾.

O Estado coloca-se num patamar de intervenção de salvaguarda, que deve actuar perante a comprovada inevitabilidade da sua intervenção como necessária ao cuidado jurídico eficaz dos direitos e interesses do beneficiário. A legitimidade do Estado não resulta somente, nem determinantemente, de uma comparação qualitativa de intervenções, mas sim, e em último termo, da necessidade de adequação do cuidado. Acresce que a delimitação da justificação da intervenção estadual pode sentir-se não só no conteúdo protectivo de uma medida, mas igualmente no seu conteúdo temporal⁽⁴⁴⁾.

A hierarquia de intervenção deve fundar-se na prevalência da individualidade autodeterminada responsável, devendo o cuidado privado previsto pela pessoa afastar, na medida do possível, a interferência estadual. No BGB, este princípio tem a sua consagração expressa no §1896 II, prevendo-se a subsidiariedade do cuidado providenciado pela *Betreuung* relativamente à auto-conformação da organização privada. No instituto do maior acompanhado

⁴³ "Drucksache 11/4528," 1989, p. 121 ss., disponível em <http://drucksachen.bundestag.de> [em linha] acedido em Março de 2008.

⁴⁴ Cf. MICHAEL CH. JAKOBS. —Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Köln: Heymann, 1985), p. 98 ss; Karl August von Sachsen Gessaphe, *Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige: Modell einer mehrstufigen Eingangsschwelle der Betreuung und des Einwilligungsvorbehalts* (Tübingen: Mohr Siebeck, 1999), pp. 249-250.

⁴⁴ Cf. GUY WALTHER. — Das Beschwerderecht der Betreuungsbehörde, BtPrax - Betreuungsrechtliche Praxis. 5/2002. p. 207. O mesmo reflecte-se nos próprios custos sociais e públicos da intervenção profissional, apresentando-se o princípio como mecanismo de controlo de custos justificado. FRIEDHELM HUFEN. — "Selbstverständnis von Betreuern – Sozialarbeit versus Betreuungsrecht". BtPrax - Betreuungsrechtliche Praxis (2/96), p. 56; Cf. KARL AUGUST VON SACHSEN GEESAPHE. — *Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige: Modell einer mehrstufigen Eingangsschwelle der Betreuung und des Einwilligungsvorbehalts* (Tübingen: Mohr Siebeck, 1999), p. 251. Este último autor afirma mesmo que o reconhecimento deste princípio no ordenamento alemão permite atenuar a responsabilidade do Estado e respectivo custo.

encontramos esta preocupação no artigo 140.º, n.º 2 do Código Civil, ainda que deva ser enquadrada num sentido muito mais amplo. Não bastam os deveres gerais de cooperação e de assistência (que se enquadram juridicamente no âmbito das relações de famílias entre progenitores e filhos, artigo 140.º, n.º 2 do Código Civil e que por isso tornariam limitado o seu alcance)(⁴⁵). Podemos aí enquadrar ainda, e

⁴⁵ A inabilidade de uma pessoa maior para governar os seus interesses por motivos de doença ou deficiência podem ser supridas pela *cooperação e apoio* resultante da solidariedade e cuidado emergente das relações familiares ou sociais. Vejam-se os artigos 1674.º, 1679.º, 1681.º do Código Civil. O primeiro consagra o dever de cooperação, verdadeiro dever jurídico oponível ao cônjuge e que o torna garante dos interesses do outro cônjuge impossibilidade de agir e governar os seus interesses, a que o artigo 1679.º confere instrumentos legitimadores de tal intervenção. respeitante ao dever jurídico de agir do cônjuge, ou aos poderes administração, respectivamente Veja-se ainda PATRICK GÖDICKE. — *Gesetzliche Vertretungsmacht für nahe Angehörige?*. FamRZ 24/2003, pp. 1894-1900, p. 1894. Estes deveres enquanto idóneos a suprir as necessidades do beneficiário encontram expressa consagração no artigo 142.º, n.º 2 do Código Civil, que constitui um requisito negativo para a instauração do acompanhamento. No entanto, a escolha de epígrafe é manifestamente infeliz. Como vimos, trata-se de uma sucessão de intervenções atento o estrito respeito pelos direitos de liberdade e autonomia associado à reserva de vida privada e familiar. Todavia, na confluência de interesses, não se prescinde — nem pode o Estado demitir-se, sob cominação de violação da sua obrigação activa de cuidado de pessoas vulneráveis e com deficiência — da imperatividade do instituto do maior acompanhado. A ideia de supletividade, mesmo que num sentido adulterado à luz do direito civil, estaria encerrada exclusivamente na esfera jurídica do beneficiário. Seria ele a quem caberia determinar a necessidade e adequação do acompanhamento. Todavia, estaríamos a discutir a jusante o que está na base da justificação do instituto do acompanhamento — a garantia de liberdade e autodeterminação do beneficiário e tratamento não discriminatório. A garantia institucional, que deve encerrar o acompanhamento, exige que a medida seja idónea e necessária a incluir a pessoa confrontada com as barreiras sociais que a impedem de uma plena afirmação dos seus interesses e direitos. Neste sentido, a intervenção não querida ou desejada pelo beneficiário não é um resultado da disponibilidade, mas da defesa dos seus direitos fundamentais. Por isso, a nossa interpretação restritiva de um acompanhamento *compulsivo*. A modelação, execução, revisão e extinção estão estritamente vinculados ao respeito pela autodeterminação do beneficiário, pelo que uma decisão hetero-determinada caberá em caso de ausência de vontade ou quando esta se encontra viciada. Em todo o caso, prevalecerá sempre a perspectiva individual do beneficiário. A relevância do interesse deste conflui com o interesse público na protecção face à situação de vulnerabilidade e necessidade enquanto garantia de cuidado de uma ordem jurídica inclusiva. Por isso, quando se refere no artigo 142.º, n.º 2 do Código Civil aos «deveres gerais de cooperação e de assistência» é na perspectiva de garantia de liberdade e autodeterminação do beneficiário e na adequação da intervenção de cuidado privado. Isto traz consequências relevantes em termos de funcionamento do sistema. Não existe um direito ao acompanhamento, como não existe o direito ao não acompanhamento. Ou seja, o beneficiário que formule um pedido de constituição do acompanhamento não terá sucesso na sua pretensão se não se demonstrar a existência de necessidade e reais vantagens de constituição do acompanhamento. O mesmo acontece com aquele que recuse o acompanhamento — a recusa, seja contemporânea ao processo, ou resultando de organização privada do cuidado (p.ex. através do mandato ou outras figuras), não é condição para se afastar a constituição da medida.

Podemos exemplificar a partir do acórdão do BGH de 23 de Janeiro de 2019 (XII ZB 397/18). Neste acórdão o BGH discute a relevância da falta de cooperação do beneficiário de *Betreuung*. A verificação de uma necessidade objectiva de cuidado, perante a falta de cooperação (mas não

por ordem hierárquica, os mecanismos voluntários resultantes de contratos de cuidado⁽⁴⁶⁾, procuração para cuidados de saúde, mandatos permanentes⁽⁴⁷⁾, o mandato com vista a acompanhamento (artigo 156.º do Código Civil) e o Programa «Modelo de Apoio à Vida Independente» (Decreto-Lei n.º 129/2017, 09-10).

A organização privada do cuidado não prescinde do juízo sobre a necessidade da protecção pública no quadro do acompanhamento, nem do controlo da adequação da protecção resultante dos mecanismos voluntários ou de cooperação e de facto⁽⁴⁸⁾. Conjuntamente com a afirmação do princípio da proporcionalidade, em particular o sub-princípio da necessidade, surge o reconhecimento da relevância do princípio da subsidiariedade. Deve ser

oposição à medida) do beneficiário, exige a avaliação de medidas que sejam idóneas a acautelar as necessidades, que mesmo sem produzir o melhor resultado, conduzissem a um, ainda assim, aceitável. Assim, não é a maior ou menor dificuldade que torna desadequada a medida, antes impõe um esforço tendente a encontrar uma solução possível e eficaz relativamente ao propósito prosseguido. Por isso, não se pode falar em recorte da medida, se não se fizer antes o inventário das necessidades do beneficiário. Na decisão do BGH de 27.9.2017, concluindo pela ausência de necessidade em questões relativas a habitação e gestão diária, o problema colocava-se quanto ao governo de interesses relacionados com prestações sociais e de seguros. O comportamento do beneficiário pouco cooperante tornava difícil a actuação do *Betreuer*, desde logo porque recusava contactar com este. A isto acrescia a atribuição de poderes de representação à sua mãe em âmbitos sobreponíveis à actuação do *Betreuer*. No entanto, na apreciação do BGH, verificando-se a necessidade, a falta de poderes voluntários atribuídos à mãe e a recusa desta em assumir o âmbito de atribuições do *Betreuer*, não existiam fundamentos que permitissem a extinção da medida (BGH, Beschluss vom 27.9.2017 – XII ZB 330/17, BGH: Aufhebung der Betreuung wegen „Unbetreibarkeit“, NJW-RR 2017, 1474. p. 1475). A dualidade de funções está intrinadamente associada à fonte dos deveres de cuidado para com o beneficiário – reportando agora à lei portuguesa – à solução contratual adoptada pelo mandato, artigo 156.º do Código Civil, e ao regime de escusa e exoneração, artigo 155.º do Código Civil.

A dificuldade de recorte e adequação da medida não afasta a obrigação de procurar encontrar meios que assegurem os fins de cuidado que promovam os direitos do beneficiário. E isso supõe a procura da pessoa que seja capaz de desempenhar as funções de acompanhante de forma apta a suprir as necessidades identificadas. A necessidade não vale apenas para a constituição, é um pressuposto de manutenção da medida, em particular em função da sua actualidade. Por isso, é relevante a revisão da medida com vista a ajustamentos ou alterações, ou em último termo, a sua extinção, em especial perante dificuldades na relação de proximidade que se possa estabelecer entre beneficiário e acompanhante e que pode justificar a alteração deste último (vejam-se os acórdãos do BGH, XII ZB 16/15, FamRZ 4/2016, pp. 291-292, p. 291 e 27.XII ZB 330/17, FamRZ 1/2018, pp. 54-55, p. 54).

⁴⁶ Podemos aqui incluir contrato de renda vitalícia, prestação de serviços integrada por alojamento ou de prestação de apoio domiciliário.

⁴⁷ Sobre uma proposta para a qualificação dos diferentes tipos de contratos, ver o nosso A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português (Coimbra: Coimbra editora, 2011).

⁴⁸ Cf. UTE WALTER. — Die Vorsorgevollmacht (Grundprobleme eines Rechtsinstituts unter besonderer Berücksichtigung der Frage nach Vorsorge im personalen Bereich). (Bielefeld: Giesecking, 1997). pp. 6-7.

reconhecido à pessoa o poder para auto-regular a sua protecção, através da faculdade de regulação prospectiva dos seus interesses, por designação do seu representante⁽⁴⁹⁾). No entanto, se o fundamento do reconhecimento jurídico desta auto-regulação assenta na autodeterminação, os objectivos daquela repercutem-se para lá da esfera do beneficiário. Também para terceiros, a existência de directivas ou declarações de vontade antecipada, permitem conformar a actuação do cuidador (seja enquanto procurador, mandatário ou acompanhante), em particular no domínio médico, de acordo com a autodeterminação prospectiva de interesses, salvaguardando a sua posição em situações de conflito e de aferição de eventual responsabilidade.

A salvaguarda do beneficiário não é, por isso, uma questão exclusiva do direito privado, sendo em grande parte entrecruzada por questões de direito público. Compreender quais os interesses que estão em causa, bem como a função social da protecção do Estado, implica a criação e desenvolvimento de um sistema de salvaguarda de pessoas maiores que desempenhe uma função de prestação social de cuidado, ainda que em grande parte de natureza privatística⁽⁵⁰⁾.

Com efeito, não existe qualquer dúvida quanto à vinculação do Estado pelos direitos fundamentais. Estes opõem-se à sua actuação enquanto garantias de defesa, vinculando e conformando o conteúdo e validade de todas as áreas do direito e de todas as funções do Estado. Reportando-nos à ordem jurídica constitucional portuguesa, o efeito imediato e vinculativo daqueles direitos restringe-se aos direitos, liberdades e garantias, pois os restantes direitos,

⁴⁹ Cf. UTE WALTER. — Die Vorsorgevollmacht (Grundprobleme eines Rechtsinstituts unter besonderer Berücksichtigung der Frage nach Vorsorge im personalen Bereich). (Bielefeld: Giesecking, 1997). p. 7.

⁵⁰ Cf. KARL AUGUST VON SACHSEN-GESSAPHE, Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige: Modell einer mehrstufigen Eingangsschwelle der Betreuung und des Einwilligungsvorbehalts. (Tübingen: Mohr Siebeck, 1999), p. 55. KARL-DIETER PARDEY defendeu, à luz da reforma do BGB, que este deveria ser qualificado como direito público (Betreuung Volljähriger: Hilfe oder Eingriff (Anspruch und Leistungsfähigkeit des Betreuungsrechts im Lichte des Grundgesetzes). (Sarstedt: Haferland , 1989), p. 23 ss). A este respeito, GÉRARD BROVELLI refere que a protecção dos adultos é *ambivalente* entre o direito privado e direito público (*L'avenir des tutelles - Analyses, fondements et prospectives*, ed. Thierry Fossier, Henri Nogues, G. Brouelli Monique Sassier (Paris: Dunod, 2000), p. 197).

designadamente os direitos sociais, assumem um conteúdo e função programáticos, adstritos às tarefas do Estado e à cláusula da medida do possível. A verdade é que, nas relações de direito privado com o Estado, a vinculação dos direitos, liberdades e garantias é assegurada pelo efeito directo dos direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.º 1 da Constituição). Ainda assim, o Estado possui uma margem de apreciação balizada pelo conteúdo e núcleo essencial de cada direito e respectivo interesse jurídico que tutela.

Nas relações jurídicas entre privados, a questão não deixa de ser controvertida. É da essência das relações privadas a existência de espaços de liberdade, de autodeterminação e de autoregulação individual. Acredita-se que, por intermédio desta liberdade, a pessoa pode autoconformar, adequada e eficazmente, os seus interesses e o exercício dos seus direitos. Neste sentido, a eficácia directa dos direitos, liberdades e garantias ocorre por mediação do legislador nas relações de puro direito privado. Quando estas disposições estejam sujeitas ao escrutínio do aplicador do direito, este terá de realizar um juízo de ponderação face à ordem de valores e direitos objectivamente positivados. É por referência a estes que o aplicador desenvolverá as suas atribuições e competências no exercício dos seus poderes. O legislador poderá limitar ou condicionar o poder discricionário do aplicador utilizando, desde logo, conceitos determinados e normas taxativas⁽⁵¹⁾.

Em suma, existem dois momentos de tensão dialéctica na fundamentação do acompanhamento de pessoas maiores: primeiro, entre a fundamentação da necessidade de intervenção e a autodeterminação da pessoa para cuidar dos seus interesses; segundo, na determinação do conteúdo dos poderes de cuidado, face aos espaços de autodeterminação e dignidade da pessoa humana, ou seja, na

⁵¹ Cf. KONRAD HESSE. — *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Auflage (Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1995), p. 159.

determinação da ingerência estadual ou de um terceiro na esfera pessoal⁽⁵²⁾ dos interesses da pessoa⁽⁵³⁾.

O primeiro momento reporta-se à legitimação da intervenção estadual, que não se esgota na decisão judicial constitutiva da medida de proteção, mas que exige ainda a adequação contemporânea da medida face às necessidades e interesses da pessoa protegida. Está, por isso, em causa a justificação da actualidade da aplicação da medida restritiva dos direitos de autodeterminação da pessoa. Isto significa que qualquer sistema de proteção terá que assegurar mecanismos processuais de revisão oficiosa da medida decretada.

No segundo momento, está em causa a adequação e proporcionalidade da medida de proteção face à necessidade de cuidado da pessoa, quer em relação aos poderes-deveres a atribuir ao cuidador, quer quanto ao eventual conteúdo restritivo da capacidade jurídica (os casos de sujeição a autorização do acompanhante). O conteúdo da medida modifica o estatuto jurídico do beneficiário, atingindo a esfera pessoalíssima daquele e, concomitantemente, promove a existência de uma situação de subordinação da pessoa protegida. Deste jeito, não podem restar quaisquer dúvidas quanto à directa e imediata vinculação dos direitos, liberdades e garantias na relação jurídica interna entre o beneficiário e o cuidador⁽⁵⁴⁾.

Esta realidade inculca no direito de salvaguarda dos beneficiários uma dimensão necessariamente garantística, que vai muito para lá de uma tentativa de

⁵² O termo *pessoal* acima empregue refere-se, não à tradicional dicotomia entre esfera pessoal e patrimonial, mas sim ao espaço de autodeterminação da pessoa quanto aos seus interesses e assuntos, independentemente da sua natureza patrimonial ou pessoal. Diz, portanto, respeito à competência intelectual e volitiva de decisão sobre a sua vida.

⁵³ As dificuldades num sistema de proteção de adultos residem na delimitação da intervenção estatal sobre a pessoa (assim identifica VOLKER NEUMANN. —“Freiheitssicherung und Fürsorge im Unterbringungsrecht”, NJW, 1982, p. 2590). Por altura da reforma do direito alemão, em 1992, já CLAUS-WILHELM CANARIS altertava para as dificuldades de conformação constitucional de um sistema de proteção para adultos (“Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht”, JZ, 1987, pp. 993 e 996).

⁵⁴ Cf. KARL AUGUST VON SACHSEN-GESSAPHE, Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige: Modell einer mehrstufigen Eingangsschwelle der Betreuung und des Einwilligungsvorbehalts. (Tübingen: Mohr Siebeck, 1999). p. 61.

privatização das relações jurídicas de representação e cuidado. A natureza e efeitos da tutela jurídica, pela determinação alheia sobre assuntos pessoais e patrimoniais da pessoa, implica que aquela esteja vinculada aos direitos, liberdades e garantias. E este grau de vinculação será tanto mais intenso quanto maiores forem os poderes de representação e cuidado atribuídos ao cuidador⁽⁵⁵⁾.

Disto resulta que o sistema de protecção em momento algum se esgota na lei agora entrada em vigor e muito menos numa leitura isolada de um instituto que se quer como ruptura do paradigma monolítico das interdições e inabilitações. Aliás, um dos grandes desafios ao intérprete é evitar construir a interpretação da nova lei a partir da reconstrução da interdição e inabilitação, sob pena de se cair no «pecado original» e não se sair do *círculo vicioso* da salvaguarda de interesses do beneficiário a partir da declaração de incapacidade e consequente materialização de um modelo de substituição⁽⁵⁶⁾.

Um dos demais problemas prende-se com o respeito pelo princípio da subsidiariedade. A ausência de um instrumento de cuidado pontual que permita atribuir poderes para a realização de actos pontuais necessários aos interesses do beneficiário, motiva a hipertrofia da intervenção judicial. Para actos determinados

⁵⁵ Cf. KARL AUGUST VON SACHSEN-GESSAPHE. — Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige: Modell einer mehrstufigen Eingangsschwelle der Betreuung und des Einwilligungsvorbehalts. (Tübingen: Mohr Siebeck, 1999). p. 61. No ordenamento constitucional português, não existe qualquer disposição relativa aos poderes-deveres dos cuidadores de pessoas com capacidade diminuída, ao contrário do que sucede quanto das crianças (artigo 36.º, n.ºs 5 e 6 da Constituição). Porém, resulta dos princípios gerais que, quanto mais invasiva for a intervenção no núcleo dos direitos, maior terá de ser a justificação da legitimidade dos poderes atribuídos e seu exercício. Sobre o regime de restrição das intervenções nos direitos, liberdades e garantias, ver JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE. — Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3.ª Edição (Coimbra: Almedina, 2004), p. 270 ss.

⁵⁶ Tal é notório quando alguns autores se preocupam em tecer extensas considerações sobre o regime anterior da interdição e da inabilitação que mais não são do que repisar a doutrina do valor dos actos em função de uma pretensa incapacidade que não é regra. Esta premissa demonstra a incompreensão dos princípios e normas que vinculam o regime consagrado no Código Civil. A incapacidade é uma figura de cuidado residual e que, não obstante a importância que pode assumir como instrumento de cuidado, não é o principal móbil da alteração legal. Exemplo, da preocupação com a incapacidade é o artigo 147.º, n.º 2 do Código Civil, onde se abre a possibilidade de restringir a capacidade jurídica de gozo e a possibilidade de limitar direitos pessoais (pressupondo a remissão para os direitos de personalidade, como sucede no artigo 5.º, n.º 3 da Lei de Saúde Mental, onde expressamente se admite a determinação da incapacidade jurídica do beneficiário: «a sentença de acompanhamento não faculte o exercício direto de direitos pessoais»).

e isolados (p.ex., o levantamento e administração de uma pensão ou prestação social) torna-se necessário a medida de acompanhamento, quando o mesmo efeito poderia ser assegurado pela sindicância do Ministério Público.

Pensemos no seguinte caso típico de um jovem com grave deficiência mental, que não possuir capacidade de facto para dispor de um bem — p. ex. um automóvel — e cuja impossibilidade de utilização torna oportuno alienar o mesmo. Os cuidadores do jovem, que asseguram de forma plena e adequada os seus interesses — tornando desnecessário o acompanhamento — só poderão alienar, legitimamente, o referido automóvel com a instauração de uma medida, com o peso que isso representa e com o alcance limitado que se pretende por estrita observância aos princípios da subsidiariedade e da necessidade. Ainda que se possam criar formas processuais simples, por recurso aos poderes de adequação formal ampliados pela jurisdição voluntária do processo, não deixa a lei de estar limitada no seu alcance demonstrando, de certa forma, uma visão afunilada e pouco ambiciosa do legislador no que se refere às várias e multiformes necessidades de protecção do beneficiário⁽⁵⁷⁾. Esta incompREENSÃO evidencia-se, em particular, no artigo 2.º, n.º 1, a) do Decreto-Lei n.º 272/2001, 12-10, que supriu, como causa de pedir, a incapacidade, para o suprimento de autorização. Com esta alteração, parece claro que as situações de incapacidade de pessoas não acompanhadas, o procedimento de suprimento corre nos tribunais (artigo 1001.º do Código de Processo Civil) e que a jurisprudência à luz do regime da interdição não pode ser mantida⁽⁵⁸⁾. O procedimento perante o Ministério Público é agora próprio quando se trate de autorizar ou confirmar os actos do acompanhante com poderes de representação, valendo o n.º 2 alínea b) para a situações de partilha

⁵⁷ A este respeito, pena foi que não tenha sido dada a devida importância a uma figura entre a situação do cuidado de facto e voluntário e o cuidado institucional como ponto para corresponder a situações pontuais, como seria o curador especial previsto no artigo 142.º da Proposta do Centro de Direito da Família. Esta figura permitir estabelecer a ponte entre cuidado privado e cuidado público, cabendo ao Ministério Público uma importante função de charneira (cf. disponível no sítio <http://www.centrodedireitodafamilia.org/relatórios/2017>).

⁵⁸ A título de exemplo, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Novembro de 2014, ECLI:PT:STJ:2004:04B3008.70, e de 9 de Julho de 2014, ECLI:PT:STJ:2014:1129.07.0TBAGH. A.L1.S1.5C, ambos disponíveis no sítio jurisprudencia.csm.org.pt.

extrajudicial. A não se proceder a este entendimento, então o artigo 2.º, n.º 1 não terá aplicação aos casos de acompanhamento, o que tornaria inútil a referência àquele nas alíneas b) e d).

A instrumentalização do princípio da subsidiariedade afirma-se em função dos fins do sistema: a salvaguarda da dignidade e da autodeterminação do beneficiário. Está em causa modelar a intervenção processual de forma a acautelar os interesses do destinatário do processo garantindo a plena qualidade de sujeito activo da relação jurídica substantiva e processual.

É certo, o que tem sido notado, que a subsidiariedade da intervenção estadual, enquanto garante da afirmação individual de cada cidadão, acaba por incorporar potenciais riscos de perversão do sistema, enquanto possível factor de desresponsabilização do Estado⁽⁵⁹⁾.

Ora, a definição de patamares de intervenção estadual resulta da afirmação da esfera de direitos pessoais do cidadão, que o sistema legal terá que assimilar, de modo a proceder a uma distribuição adequada de competências. Não será, por isso, possível impor um modelo privado de cuidado ao beneficiário se este, no exercício da sua autodeterminação, aderiu ao modelo legal. Esta escolha resulta da afirmação da sua individualidade livre e responsável. Somente por verificação de fundamentos proporcionais pode ser afastada a vontade do beneficiário de recorrer ao sistema legal de protecção, designadamente, quando a mesma pressupõe custos injustificados para o Estado, face ao património, ou responsabilidade familiar, ou mesmo necessidade de cuidado.

Também por este motivo, o reconhecimento de planeamento e governo dos seus interesses na esfera privada não afasta a responsabilidade estadual e a obrigação de previsão de medidas de cuidado legais e judiciais flexíveis e garantísticas da reintegração da pessoa na vida jurídica e social.

⁵⁹ Uma das preocupações assumidas pelos Estados Alemão e Austríaco, nas reformas mais recentes das respectivas legislações de protecção de incapazes adultos, foi a redução do custo público com a oferta de assistência profissional.

O sistema de cuidado tal como se encontra consagrado legalmente e nos princípios no qual se ancora é agora um sistema de inclusão. Como tal, deve prever alternativas ao cidadão, sem, contudo, perder o norte do relevo social e público da protecção das pessoas vulneráveis, enquanto obrigação do Estado Social, e da imposição de uma discriminação positiva a favor dos beneficiários.

A articulação entre subsidiariedade e necessidade (enquanto um dos testes do princípio da proporcionalidade) é transversal, por isso, ao sistema de salvaguarda de interesses da pessoa maior e aqueles princípios devem ser adequadamente compreendidos na relação virtuosa que entabulam um com o outro⁽⁶⁰⁾.

III. Linhas principais do edifício jurídico de salvaguarda dos direitos e interesses do beneficiário

Os principais valores estruturais que vinculam a comunidade jurídica nas suas múltiplas manifestações, produzindo efeitos horizontais e verticais são a dignidade da pessoa humana e autodeterminação (aqui enquanto realização da liberdade positiva e negativa da pessoa humana).

A premissa, para que não haja dúvidas e equívocos, é de um sistema que visa garantir os direitos e interesses da pessoa maior e, enquanto tal, um instrumento de inclusão plena na participação da vida social e jurídica, aqui entendida no sentido mais amplo da mesma. A maioridade corresponde à concepção social e jurídica do culminar de um processo de crescimento e autonomização com vista à afirmação da plena dignidade e capacidade.

⁶⁰ A verificação dos pressupostos subjectivos do artigo 138.º não é suficiente para instaurar uma medida institucional se existirem outros instrumentos voluntários ou de facto bastantes. Há inclusive uma prevalência dos instrumentos voluntários sobre a necessidade de decretamento da medida institucional. Tal é o entendimento da *Betreuung* onde, mesmo perante a situação de incapacidade de facto (ou natural), não se prejudica o juízo de não necessidade no decretamento da medida, ou que seja relevado em termos de criação de um modelo mitigado que preveja ao acompanhante funções de supervisão sobre a actuação do mandatário ou procurador cf. (cf. DIETER SCHWAB. — MüKoBGB, Buch 4. Familienrecht Abschnitt 3. Vormundschaft, Rechtliche Betreuung, Pflegschaft Titel 2. Rechtliche Betreuung Vorbemerkung [beck-online] Rn. 5-7.

Uma das primeiras notas passa por recusar a colagem do estatuto do beneficiário ao regime da menoridade. A aparente proximidade das funções a cargo do «cuidador» assenta na concepção dogmática de direitos funcionais, mas tão-só. O conteúdo e feixe de vínculos constitutivos da responsabilidade do acompanhante para com o beneficiário são distintos, na génese, execução e extinção. A relação jurídica de acompanhamento não pode espelhar, em momento algum, uma estrutura vertical de subordinação ou de contracção da autodeterminação de interesses do beneficiário. O sistema parte do polo diametralmente oposto. A relação não é hierárquica e muito menos de subordinação, antes de promoção da autodeterminação do beneficiário. Os poderes funcionais do acompanhante devem ser exercidos para efectivar a soberania do beneficiário sobre a sua esfera de interesses.

Não basta afirmar um direito de audição ou participação, antes um direito de decisão inalienável do beneficiário que condiciona a legitimidade da intervenção do acompanhante, e que está presente em todas as vicissitudes da relação jurídica. Desde a sua constituição, passando pela sua execução e até à sua extinção.

Esta referência é fundamental para compreender que o desenho da medida de acompanhamento parte da correlação causal entre necessidades do beneficiário e poderes atribuídos por sentença. As diversas alíneas do artigo 145.º, n.º 2 do Código Civil não devem ser vistas como dispostas numa ordem de precedência ou hierarquia. Os princípios que orientam a sua intervenção, em particular o da necessidade consagrado no n.º 1 do mesmo artigo assim o determinam. A vermos tal estruturação a mesma deve ser invertida pelo contrário por respeito ao artigo 12.º, n.ºs 3 e 4 da Convenção⁽⁶¹⁾. Não é a partir da capacidade ou incapacidade do

⁶¹ Não podemos deixar de dar nota da solução constante na alínea a) do n.º 2 do artigo 145.º do Código Civil. Esta disposição apresenta-se claramente desfasada e conflituante com a unidade do sistema jurídico. As responsabilidades parentais são reguladas em função do interesse da criança de acordo com um quadro normativo próprio e respectiva jurisdição. A possibilidade de se discutir as responsabilidades parentais no processo de constituição ou modificação do acompanhamento não só é uma solução de duvidoso acerto, como se revela profundamente contrária ao novo paradigma do estatuto das pessoas com deficiência sobre o que se deve entender como paradigma

beneficiário que se determina a constituição do acompanhamento, antes a necessidade de salvaguarda de interesses que somente o acompanhamento pode acautelar. Não só a incapacidade não é condição de constituição do acompanhamento, como não é a partir da incapacidade que se recorta o âmbito de atribuições. É a partir da autodeterminação do beneficiário e da necessidade de salvaguarda de direitos e interesses daquele que se constituiu, modela e se extingue o acompanhamento.

Compete ao próprio beneficiário, por respeito à sua dignidade, autodeterminar a sua esfera de interesses. A ausência ou limitação da capacidade de autodeterminação imediata não afasta a manifestação da sua vontade anterior à incapacidade, pelo que as opiniões e interesses anteriormente manifestados terão obrigatoriamente de ser considerados, sendo aqueles tanto mais vinculativos quanto maior for o seu grau de concretude, a forma das declarações e a capacidade

da salvaguarda de pessoas maiores. Assim, não só não é possível regular as responsabilidades parentais em sede de processo de acompanhamento, atento os diferentes destinatários e regimes jurídicos (são absolutamente contraditórios), como a possibilidade de conferir tal possibilidade de atribuição do exercício ao acompanhante sai da órbita do instituto da limitação das responsabilidades parentais (artigo 1907.º do Código Civil). A previsão desta norma resulta do apego aos velhos cânones do quadro legal revogado, onde se manteve, erradamente, como causa de inibição a instauração do acompanhamento. Ainda que qualificada como *ope legis*, o facto, a mesma resulta de uma decisão judicial, porque se encontra sistemática mal enquadrada. Mais uma vez o legislador preocupa-se em dizer o que é a esfera de autodeterminação e exercício do beneficiário, o que deixa antever que o estatuto de plena capacidade não é a regra. Será, quanto muito, uma causa de inibição nos termos do artigo 1915.º do Código Civil, uma vez que pode nem tão pouco estar em causa a aptidão para o exercício dos direitos-deveres pessoais, como o direito de visita. Mais uma vez, parte-se do apego à capacidade jurídica enquanto condição da pessoa para ser titular e exercer direitos e deveres, e não de perspectivar o modelo à luz das necessidades do beneficiário. A incapacidade e inaptidão do beneficiário no exercício das responsabilidades parentais devem ser considerados autonomamente no processo de regulação das responsabilidades parentais à luz do interesse prevalente que é o superior interesse da criança. Mais uma vez, salvaguardando as situações de responsabilidade criminal, a mera condição de deficiência (aqui no sentido dado pela Convenção de Nova Iorque) não é impeditiva *per se* de não ser titular e exercer as responsabilidades parentais. Ainda a favor deste entendimento é o modelo adoptado como referência pelo legislador português – a *Betreuung* – e em que a possibilidade de incluir no âmbito de atribuições do acompanhante a regulação das responsabilidades para com menores é uma condição impossível atento o objecto e interesses distintos das medidas (cf. ULRICH ENGELFRIED. — *Betreute Menschen mit minderjährigen Kindern. BtPrax - Betreuungsrechtliche Praxis.* 1/2013. pp. 13-16. p. 14). Isto sem prejuízo do dever de o acompanhante comunicar ou informar o tribunal ou o Ministério Público perante a insuficiência do beneficiário em assegurar o superior interesse da criança. Não pode é, a partir da relação de acompanhamento, pretender substituir-se ou assumir responsabilidade directa para com o filho menor de idade (*op. cit.*, p. 15).

de autodeterminação na data em que foram formuladas. Quando seja necessário recorrer a um terceiro para apoiar ou assistir a formação ou formulação da vontade do beneficiário, aquele terá que se vincular ao querido e desejado por este e não a padronização por critérios estritamente objectivos⁽⁶²⁾.

A função da medida de salvaguarda do beneficiário deve ser dupla: assegurar e promover a autodeterminação do assistido e assegurar o seu cuidado pessoal e patrimonial. A definição dos limites entre um e outro objectivo, apesar de difícil, é determinante para evitar intervenções paternalistas do Estado. De facto, a vinculação funcional ao interesse da pessoa protegida, na sua dimensão subjectiva, pode implicar que se postergue a função de cuidado relativamente a situações de perigo por si criadas, ou que aquela não tem capacidade para remover⁽⁶³⁾.

Mas, ancorando esta asserção nos valores da igualdade, da proporcionalidade e do cuidado, não pode defender-se uma intervenção por critérios objectivos, derrogando a vontade e interesses subjectivos do beneficiário. O termo de comparação terá que ser referente à liberdade de consentimento de que goza a pessoa não assistida. A esta é reconhecida autonomia para consentir ou acordar numa auto ou hetero-lesão dos seus interesses, desde que isso não prejudique terceiros ou não ofenda os bons costumes ou a ordem pública⁽⁶⁴⁾.

Neste sentido, ao beneficiário terá que ser reconhecida igual faculdade, para consentir ou dissentir numa intervenção, por terceiros, sobre a sua pessoa⁽⁶⁵⁾, ainda que no momento se encontre limitada na sua competência volitiva ou

⁶² Cf. VOLKER LIPP foca a função da *Betreuung* na organização do cuidado, com vista a suprir as limitações da pessoa que não é capaz de agir sozinha, promovendo a sua participação no comércio jurídico (*Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson (Zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht)*) (Mannheim: Mohr Siebeck, 2000), p. 51. Ver também UWE JOHN. — *Die Organisierte Rechtsperson. System und Probleme der Personifikation im Zivilrecht* (Berlin: Duncker und Humblot, 1977), p. 74 ss.; e HANS-MARTIN PAWLOWSKI. — *Allgemeiner Teil des BGB. Grundlehren des bürgerlichen Rechts*, 5. neubearbete Auflage (Heidelberg: C.F. Müller, 1998), p. 63.

⁶³ Cf. VOLKER LIPP. — *Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson (Zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht)* (Mannheim: Mohr Siebeck, 2000), p. 77.

⁶⁴ Cf. JÜRGEN SCHWABE. — *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*. JZ, 1998, pp. 66 e ss.

⁶⁵ A respeito do dissenso sobre tratamentos médicos, afirmou o BVerfG que os doentes psiquiátricos têm o direito de dissentir de um tratamento médico: "Freiheit zur Krankheit" (BVerfG 23.3.1998, FamRZ (1998), p. 896).

intelectual. Exige-se, por isso, o respeito pelo princípio da proporcionalidade na adequação dos limites do cuidado⁽⁶⁶⁾. A indeterminação do conceito de superior interesse do incapaz é benéfica à prossecução dos seus interesses, bem como necessária à concretização individual da sua margem própria de decisão e actuação.

Toda a actuação sobre a esfera pessoal ou patrimonial do beneficiário terá que ser feita por referência aos interesses, vontade e valores manifestados anteriormente ao fenómeno incapacitante⁽⁶⁷⁾. O recurso a critérios objectivos apresenta-se, como já aludimos, como *ultima ratio*, na ausência de meios para reconstruir a vontade da pessoa incapaz, isto é, na impossibilidade de determinar a vontade presumida da pessoa. Mesmo a objectivização dos critérios de actuação não prescinde de um esforço de avaliação individual desses mesmos critérios, atento o momento e a oportunidade da situação⁽⁶⁸⁾.

Na realidade, tanto assim é que aquele que actue como cuidador, seja de facto, seja legal, tem de se conformar com os interesses e desejos do incapaz,

⁶⁶ Cf. DIETER SCHWAB. — “Strukturfragen des geplanten Betreuungsrechts,” em *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat* (Berlin: Duncker u. Humblot, 1989), p. 1313; VOLKER LIPP. — *Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson (Zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht)* (Mannheim: Mohr Siebeck, 2000), p. 77.

⁶⁷ Neste ponto, e como elemento auxiliar à interpretação, veja-se o artigo 140.^º da proposta do Centro de Direito da Família (cf. disponível no sítio <http://www.centrodedireitodafamilia.org/relatórios/2017>):

Interesses do beneficiário

1. A protecção conferida ao beneficiário determina-se de acordo com a sua vontade real presente ou, quando se encontre incapaz de entender ou querer, de acordo com a vontade previamente manifestada.

2. Na ausência de manifestação de vontade, deve ser tida em conta a vontade presumida e, na impossibilidade de a determinar, deve ser considerado o melhor interesse do beneficiário.

3. O beneficiário tem o direito a ser informado e a participar, na medida da sua capacidade de entender e querer, nos processos de decisão sobre os assuntos que sejam do seu interesse.

⁶⁸ Cf. ERWIN DEUTSCH. — “Das therapeutische Privileg des Arztes - Nichtaufklärung zugunsten des Patienten”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1980, p. 1307; JENS-MICHAEL KUHLMANN. — *Einwilligung in die Heilbehandlung alter Menschen* (Frankfurt am Main: Lang, 1996), pp. 127 ss. e 142 ss.; VOLKER LIPP. — *Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson (Zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht)* (Mannheim: Mohr Siebeck, 2000), p. 50. Este último acentua a necessidade de se proceder a uma ponderação e definição da vontade presumida atento o caso concreto (“*bei Gelegenheit*”).

vinculando-se à escala de valores deste e não à sua própria⁽⁶⁹⁾. Os limites a serem estabelecidos à consideração da vontade do incapaz, têm-se de referência aos limites impostos à pessoa que não padece de uma incapacidade ou limitação, ou seja, ponderando-se as regras gerais relativas ao consentimento e validade das declarações negociais.

As declarações antecipadas devem vincular a definição do interesse subjectivo da pessoa num momento de incapacidade, desde que ofereçam garantias de certeza e clareza. Cumpridos estes requisitos, não se poderá afastar a vontade então expressamente manifestada pela objectivação de um qualquer critério, pois os critérios de normalidade ou a automática transferência de valores do acompanhante para o beneficiário representam uma coisificação desta última, negando-se a sua plena dignidade⁽⁷⁰⁾.

O beneficiário é igualmente o primeiro responsável pela decisão, na medida da sua competência para se autodeterminar. Deve ser, assim, salvaguardada, como *prius* metodológico, a actuação do beneficiário a favor de si mesmo, sendo subsidiária a actuação do acompanhante, considerados sempre o risco e relevância do assunto e a capacidade situacional da pessoa para se autodeterminar⁽⁷¹⁾.

Coloca-se ainda em questão, neste âmbito, qual o papel da família ou de pessoas próximas, quer no momento da decisão sobre um assunto ou acto na vida da pessoa, quer na concretização do seu superior interesse. Aqueles que se presumem constituírem o círculo de afectos mais próximo do beneficiário são

⁶⁹ Reportando-nos à esfera de actuação médica, a fixação de um critério de decisão individualizado e personalizado tem como consequência que nem sempre a opção médica deve ser uma decisão tomada pelo cuidador (cf. ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT; JOSÉ CARLOS ABELLÁN SALORT, *Autonomía, libertad y testamentos vitales (Régimen jurídico y publicidad)* (Madrid: Dykinson, 2009), p. 90).

⁷⁰ A este respeito, RONALD DWORAKIN afirma que as pessoas não são bons juízes em causa própria, quanto à definição dos seus melhores interesses, quanto a situações que elas nunca enfrentaram, e, por se tratar de situações limite, a sua vontade e desejos podem drasticamente ser alterados. Contudo, tendo sido manifestada uma vontade prospectiva, o desrespeito da mesma, quando emitida por uma pessoa plenamente capaz, que compreendeu integralmente o seu sentido e efeitos, implicaria a violação do bem jurídico autodeterminação (*Life's Dominion: An argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom* (New York: Vintage Books, 1994), pp. 225-229).

⁷¹ Cf. VOLKER LIPP. — *Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson (Zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht)* (Mannheim: Mohr Siebeck, 2000), p. 53.

determinantes, quando em causa esteja uma decisão de relevo, para aferir dos interesses subjectivos da pessoa. Mesmo nas situações em que ao acompanhante ou representante voluntário não tenham sido atribuídos poderes para decidir sobre um determinado assunto (pensem na situação de uma gestão do património, mas em que o estado clínico incapacitante da pessoa a impede de consentir numa intervenção médica arriscada), devem ser ouvidos familiares e pessoas próximas do incapaz, para aferir da vontade deste⁽⁷²⁾. Este dever pode ser ilidido se, por razões de vida, integridade e saúde, não for possível estabelecer um contacto prévio com as pessoas com atribuições e próximas do círculo de vida do protegido.

Por último, essencial na materialização deste princípio e na determinação do critério-guia de actuação é a promoção e desenvolvimento da qualidade de vida e bem-estar da pessoa protegida. Dotar a pessoa de condições e meios de se autopromover e viver autonomamente é o pressuposto essencial para assegurar a plena manifestação da autodeterminação remanescente do incapaz. Por aqui se parte para a materialização do reequilíbrio do beneficiário, promovendo-se a sua igualdade relativamente aos demais cidadãos⁽⁷³⁾.

O sistema é construído a partir da presunção de plena capacidade e de garantia dos direitos interesses do beneficiário, em particular opondo-se ao acompanhante. A hetero-determinação é proibida, devendo prevalecer sempre a vontade do beneficiário.

Existem duas normas, a meu ver, muito problemáticas na compatibilidade com o novo paradigma jus-fundamental. A primeira já foi objecto de tratamento e diz respeito à aparente abordagem garantística que encerra em si um perigoso pressuposto de admissibilidade de restrição da capacidade jurídica de gozo da pessoa maior. A segunda prende-se com o artigo 148.º do Código Civil. Prevê a norma dispõe, sobre a epígrafe «internamento» e que trataremos *infra*.

⁷² Cf. PETER BARTLETT. —*The Mental Capacity Act 2005*, Second Edition (Oxford: Oxford University Press, 2008), p. 55.

⁷³ Cf. RONALD DWORAKIN. — *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality* (Harvard: Harvard University Press, 2002), p. 59; ANTÓNIO DE ARAÚJO. — *Cidadãos Portadores de Deficiência* (Coimbra: Coimbra Editora, 2001), pp. 138-140.

Há o sério risco de uma lei que se quer garante dos direitos fundamentais do beneficiário se converta num instrumento de agressão pelo recorte da medida num fato feito em função de exclusão e negação – já não de toda a dimensão e instrumentos jurídicos de acção como ocorria com a interdição –, mas de nucleares esferas pessoais, o que não pode ocorrer sob pena de violação do artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas e dos artigos 13.º, 18.º e 26.º, n.º 1 da Constituição.

Com isto não excluímos a necessidade de conferir poderes-deveres de autoridade conducentes a justificar uma restrição à autodeterminação. O juízo de restrição deve, também ele, em sede de dinâmica da relação jurídica de acompanhamento, ser circunscrito à concreta necessidade do beneficiário. Não se basta, por isso, com a sua constituição, antes incorpora uma relação entre beneficiário e acompanhante e um feixe complexos de direitos e deveres, nos quais a prevalência e eficácia directa dos direitos fundamentais se mantém e se fazem sentir com especial acuidade.

A conformidade do acompanhamento sente-se, ou deve sentir-se, na execução da relação. Por isso, não pode a medida partir de um desenho restritivo da capacidade, porquanto esvazia o estatuto jurídico do beneficiário e tornará desnecessária a medida de acompanhamento em si. Não podemos olvidar que a relação é pessoal e como tal só existe porque há uma pessoa nomeada a desempenhar funções de acompanhante. A importância do elemento pessoal é tal que é necessário o contacto directo com o beneficiário. Daí que a órbita da medida se centre no critério de necessidade enquanto força jurisgénica constitutiva da titularidade de direito e deveres dos sujeitos que compõem a relação jurídica de acompanhamento.

Não existe, nem deve ser recuperado, um estatuto objectivo restritivo da capacidade jurídica do beneficiário, uma vez que esse paradigma foi superado com a revogação da interdição e inabilitação. Por isso, não é função do tribunal determinar o que pode ou não fazer autonomamente, antes em que medida se chama o acompanhante a desempenhar uma função de garante da

autodeterminação de interesses do beneficiário. E isto significa que pode ser contra o beneficiário em situações limites. Pensar o contrário – determinar exaustivamente o que pode ou não fazer o beneficiário – significa deslocar, à semelhança das interdições e inabilitações, o eixo legal, representando o mesmo juízo de incapacidade e consequente substituição de decisão.

Não há medida de apoio quando se concebe a definição de um estatuto jurídico objectivo da aptidão do beneficiário como um juízo de prognose *ex ante* que, em última instância, nega a plena dignidade da pessoa humana por recurso a critérios exclusivamente decorrentes da sua condição de deficiência.

Tal reflecte-se não só no que seria a exigência de prevista no artigo 18.º, n.º 2 e 3 da Constituição quando pensamos no internamento como meio de limitação da liberdade do beneficiário, desde logo, pela garantia de liberdade e o catálogo fechado de excepções. Um dos exemplos é a aplicação do artigo 148.º do Código Civil em confronto com o artigo 27.º, n.ºs 1 e 3, alínea h) do n.º do artigo 27.º da Constituição. A norma não concretiza o tipo de situações, nem pressupostos que fundam a decisão e autorização judicial. No entanto, a base principal determina que o critério a seguir, desde logo, não possa resultar de uma restrição da liberdade da pessoa contra a sua vontade. A decisão terá que se fundar na necessidade de tutela de direitos e interesses relevantes do beneficiário para os quais o internamento é o meio adequado e idóneo à sua salvaguarda. A isto acresce a obrigatoriedade de ser em instituição adequada a alcançar os fins que fundam o internamento e por tempo limitado. Valem com toda a pertinência as considerações da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos a respeito dos artigos 3.º e 5.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, bem como os artigos 14.º e 15.º da Convenção.

Podemos igualmente alargar o seu âmbito para as situações em que o acompanhante pretende alterar a residência do beneficiário. Esta alteração produz um impacto substancial na vida a pessoa e deverá ser sindicada como meio de acautelar o respeito pela vontade e prossecução dos interesses do beneficiário. Em

termos processuais, a admissibilidade da pretensão do acompanhante parte da verificação do primeiro pressuposto, a incapacidade de decidir autonomamente do beneficiário (assim resulta da dignidade da pessoa humana – artigo 1.º – da igualdade – artigo 13.º –, dos direitos ao livre desenvolvimento da personalidade e capacidade civil – artigo 26.º, n.º 1 e 4 –, dos direitos de pessoas com deficiência – artigo 71.º, n.º 1 – e do direito à habitação das pessoas de terceira idade – artigo 71.º –, todos da Constituição)(⁷⁴).

A relação pessoal e o exercício de deveres de cuidado pressupõem a responsabilização do acompanhante em assegurar, no caso concreto, um actuação livre, pelo que, se condicionada e viciada, então os deveres de cuidado prevalecem na garantia da formação de uma vontade eficaz ou na tomada de medidas excepcionais de salvaguarda. Por isso, o foco prende-se com os limites da actuação do acompanhante nas áreas mais sensíveis e na definição do estatuto objectivo dos poderes-deveres daquele. Por exemplo, o acompanhante poderá quer mudar a sua residência, podendo esta mudança significar a mudança de residência do beneficiário. Quando a mudança de residência diga respeito ao beneficiário, a oposição deste poderá determinar a necessidade de substituição do acompanhante. O mesmo pode ocorrer quando a mudança seja somente do acompanhante, porquanto pode ser posta em causa a relação de proximidade subjacente ao acompanhamento e que não é mitigada pela intervenção de auxiliares ou terceiros mandatados pelo acompanhante.

No acórdão do BVerfG(⁷⁵) foi expressamente aduzido que uma medida restritiva da liberdade, como o internamento, mesmo quando autorizada pelo *Betreuer* não perde a sua natureza e propensão restritiva, pelo que justifica o

⁷⁴ A intervenção contrária à vontade do beneficiário e a ausência de capacidade para este reagir judicialmente contra a medida viola os artigos 6.º e 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, quando não se permite àquele reagir contra medidas que implicam uma intromissão e consequente restrição aos seus direitos fundamentais. Neste sentido, veja-se *Shtukaturov c. Rússia*, req. 44009/05. Veja-se ainda o *A.N. c. Lituânia*, req. 17280/08, onde se reforça a necessidade de garantias procedimentais de defesa e de audição do beneficiário em processo que pressupõe a restrição da sua capacidade, nos termos do artigo 6.º, bem como a violação do artigo 8.º por não ter sido ouvido pessoalmente pelo tribunal no processo de restrição da sua capacidade.

⁷⁵ BVerfG (NJW 2011, 2113, [beck-online]) p. 2113.

controlo prévio das decisões por ele tomadas⁽⁷⁶⁾. Daí, continuando a seguir o arresto, que o artigo 12.º, n.º 4 da Convenção imponha aos Estados a obrigação de dotar o sistema de suficientes garantias para a salvaguarda de autodeterminação e reconhecimento de capacidade jurídica. A isto acresce a protecção contra conflitos de interesses entre o beneficiário e o acompanhante e contra riscos de abusos, assegurando uma intervenção proporcional⁽⁷⁷⁾. Daí também a justificação da intervenção compulsória ter que resultar de uma concreta necessidade e se fundar numa deficiente formação de vontade idónea para autodeterminar os interesses e para proteger interesses relevantes para o beneficiário⁽⁷⁸⁾. Uma protecção contra si próprio que não é absoluta e contra qualquer perigo, em especial perante alguém com capacidade bastante para compreender e autoconformar o seu comportamento e aceitar em sede responsabilidade própria as consequências dessa decisão. Torna-se necessário que haja um situação de eminent perigo e que os interesses a salvaguardar sejam os do próprio beneficiário. Tal é importante para limitar intervenções abusivas pela mera invocação de comportamentos desviantes ou fora da norma, estes só assumem foros de juridicidade para efeitos e justificação do acompanhamento na medida da falta de capacidade para formar exteriorizar uma vontade no exercício da sua liberdade. Continuando a seguir o acórdão alemão, a relação de acompanhamento não confere soberania ao Estado para impor uma norma de comportamento e, qual instrumento de agressão, corrigir e colocar o beneficiário de acordo com a norma ou convenção social⁽⁷⁹⁾.

⁷⁶ No âmbito das intervenções restritivas da liberdade do beneficiário em situação de internamento, veja-se o acórdão do BVerfG, Beschluß vom 10. 2. 1960 - 1 BvR 526/53, 29/58. NJW 18/1960, pp. 811-813.

⁷⁷ BVerfG (NJW 2011, 2113, [beck-online]) para. 53.

⁷⁸ BVerfG (NJW 2011, 2113, [beck-online]) para. 54.

⁷⁹ BVerfG (NJW 2011, 2113, [beck-online]) para. 55. No acórdão de 2015, afirma-se que não assiste poder ao Estado para limitar a liberdade de consciência da pessoa sem um fundamento num perigo sério e grave para os interesses próprios ou de terceiros (BVerfG (1.Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 20.1.2015 - 1 BvR 665/14, (NJW 2015, 1666, beck-online). p. 1667).

Reiteramos: o sistema é garantístico e não restritivo, pelo que não se pode restringir, sem mais, a capacidade do beneficiário para decidir, em particular em questões tão sensíveis para os seus direitos fundamentais⁽⁸⁰⁾(⁸¹).

IV. Algumas perplexidades da nova lei. Um esboço para um guião interpretativo. Concretização do âmbito de atribuições

Existem várias disposições da nova lei que nos causam dúvidas no seu sentido e alcance, além de poderem representar perigo para a violação dos direitos fundamentais do beneficiário. Cabe ao intérprete, por isso, um cuidado e um esforço interpretativo redobrado.

Apesar da aparente ordem do artigo 145.º, n.º 2 do Código Civil, cabe ao intérprete, atendendo ao acima exposto, ler o normativo pela ordem invertida, por o artigo 12.º, n.º 3 da Convenção deixa claro a recusa ao modelo de substituição. Logo, a concretização da medida terá que efectivamente proceder ao recorte de atribuições do acompanhante em função das necessidades do beneficiário. Há assim um poder-dever do tribunal em individualizar as necessidades e especificar os poderes do acompanhante. Devem ser evitadas referências genéricas como «interesses patrimoniais» ou «cuidados de saúde», antes dever-se-á, quanto aos primeiros, individualizar os poderes integrar a gestão de património (mobiliário ou imobiliários, especificando qual ou quais — pelo que deve ser relação de bens prévia), o acesso ou não a informação bancária e a que contas (não faz sentido, por exemplo, alargar o âmbito de atribuições se em causa estiver a administração de um património específico e conferir poderes para aceder a toda a informação bancária). O mesmo deve suceder em assuntos pessoais, como os cuidados de saúde. Deve concretizar-se em que medida se desenvolvem as tarefas e poderes do acompanhante, determinado, inclusive, a extensão do seu dever de cuidado e protecção dos direitos e interesses do beneficiário. Assim, deve prever-se, se assim

⁸⁰ Ver BVerfGE 58, 208, p. 224 (NJW 1982, [beck-online]) p. 691).

⁸¹ *Plesó c. Hungria*, para. 38. Neste o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos cita directamente a Convenção das Nações Unidas, ainda que somente o artigo 12.º e não também o artigo 14.º.

for necessário, o acompanhamento a consultas e exames, a possibilidade de estar presente durante as consultas, o acesso directo a informação clínica, os poderes de apoio na formação do consentimento informado (isto é, estar presente no processo de esclarecimento e decisão de procedimentos ou cuidados de saúde), e os poderes para suprir a falta de capacidade para consentir. A concretização das tarefas e poderes permite um duplo controlo da sentença e da sua proporcionalidade, bem como auxilia na delimitação da actuação do acompanhante sujeitando-o ao controlo de facto dos seus poderes. Numa perspectiva dinâmica, a actuação do acompanhante estará continuamente a ser sindicada enquanto expressão de inclusão do beneficiário no processo de decisão e na proporcionalidade e mérito da decisão do acompanhante. Ainda no caso da saúde, a individualização das condições de saúde e de deficiência deve ter em vista a funcionalização dos poderes do acompanhante para assegurar a recuperação (em particular nos casos de saúde mental) e bem-estar do beneficiário (artigo 146.º, n.º 1 do Código Civil)(⁸²).

Desta feita, atribuições que pressuponham poderes de representação legal devem ser reservadas ao mínimo possível e ao limite do necessário e, mesmo quando previstas, devem obedecer ao dever de especificação e individualização. Não basta atribuir poderes para representar patrimonialmente ou em matérias pessoais o beneficiário, é obrigatório determinar quais os concretos actos ou categoria previamente determinada. Mais uma vez a dinâmica da relação jurídica

⁸² De acordo com o *Bayern Oberlandesgericht*, o tribunal deve especificar o mais concretamente possível o âmbito de poderes-deveres que integram a responsabilidade do acompanhante. Esta especificação cumpre uma dupla função: asseverar o teste de necessidade do acompanhamento e tornar claro o âmbito de responsabilidade do acompanhante na relação de cuidado com o beneficiário. A mera atribuição de poderes gerais de acompanhamento aos cuidados de saúde não permite alargar para domínios específicos de intervenção, como cuidados de neurologia, se é apenas quanto a estes que se verifica a necessidade da medida (BayObLG, 17.03.1994, 3 Z BR 293/93, FamRZ 1994 [beckonline], 1059). Este acórdão dá ainda nota, o que é relevante para a nossa lei do acompanhamento, do facto de a sentença ser o *título* que confere legitimidade à actuação do acompanhante. É dela que resulta a autorização para a intervenção na esfera jurídica do beneficiário e é ela que confere legitimidade na relação com terceiros (a dimensão externa da relação de acompanhamento) e que convoca ónus e deveres destes enquanto garantes mediatos dos interesses e direitos do beneficiário. Pelo que, anulando a sentença de primeira instância, o tribunal da Baviera conclui que as necessidades têm de ser discriminadas e, em função destas, especificado o âmbito de atribuição. A correlação entre as primeiras e o recorte da medida são fundamentais para validar a proporcionalidade da intervenção na esfera do beneficiário.

de acompanhamento impõe como garantia o controlo por terceiros, desde logo quanto aos poderes de representação. A articulação entre modelo de apoio/assistência e delimitação dos poderes exige um controlo contemporâneo da legitimidade do acompanhante, em particular, perante a tutela da aparência e tendencial carácter abstracto do instituto de representação (artigo 260.º do Código Civil). A relação de acompanhamento é na sua génesis uma relação complexa que cria feixe de deveres e ónus de cuidado para terceiros (a relação externa) e que se repercutem directamente, independentemente da relação interna. Ao terceiro caberá o ónus de assegurar a legitimidade de actuação do acompanhante atenta a especial situação de vulnerabilidade em que se encontra o beneficiário. Aqui se inclui o controlo da vontade real ou presumida do acompanhado, que pode, inclusive, resultar da exigência da sua participação directa, e não somente mediada pelo acompanhante⁽⁸³⁾. Esta necessidade sente-se, em particular, perante actos extraordinários. Nestes se incluem os actos de disposição. Na verdade, tornam-se um pouco incompreensível os n.ºs 3 e 4 do artigo 145.º do Código Civil: se se concede ao acompanhante poderes para dispor de bens do beneficiário, o mesmo só será possível no âmbito de poderes de administração ou de representação.

A efectividade e a autodeterminação pressupõem que a constituição do acompanhamento seja consentida pelo beneficiário ou mediante o seu suprimento. No entanto, não se fica por aqui. A vontade do beneficiário continua a ser decisiva na escolha do acompanhante, bem como na conformação do âmbito de atribuições que constituem o objecto do acompanhamento. A natureza pessoal da relação de acompanhamento, verdadeira relação fiduciária, impõe uma subordinação à vontade e interesses do acompanhante.

⁸³ Um exemplo, sem prejuízo da interpretação do artigo 148.º, poderá ser a denúncia do contrato de arrendamento da casa onde reside o beneficiário. Poderá não bastar a missiva subscrita pelo acompanhante, mesmo que com poderes de representação especificados para o efeito, antes um subscrição do próprio acompanhado, não existindo uma impossibilidade para tal. Tal permite controlar e certificar a vontade do beneficiário e dar segurança, inclusive, para efeitos de direito probatório material enquanto documento particular (artigo 376.º do Código Civil).

Quanto à fixação do conteúdo dos poderes e responsabilidades do acompanhante, porque os mesmos interferem com a esfera de autodeterminação e liberdade do beneficiário, a adequação da medida depende inexoravelmente da inventariação das necessidades. Isto estende-se aos casos em que há oposição do beneficiário na execução da própria medida, i. é, nas situações em que aquele se recusa a cooperar com o acompanhante, o que esvazia o efeito útil da medida de acompanhamento⁽⁸⁴⁾.

A. Necessidade

A aferição individual da situação do beneficiário é *conditio sine qua non* para a justificação do acompanhamento. Em especial, perante situações fronteira onde a intervenção não é querida ou é objecto de oposição pelo beneficiário. ANDREAS JÜRGENS dá conta que a situação concreta pode justificar, perante o risco de pobreza, requerer uma pensão ou subvenção social contra a vontade do beneficiário, sendo de recusar se o montante é diminuto ou irrisório perante as outras fontes de rendimento⁽⁸⁵⁾.

Quanto aos cuidados de saúde, os poderes de cuidado para autorização conferidos ao acompanhante poderão prevalecer sobre o beneficiário se dizem respeito à própria condição fundamento do acompanhamento (p. ex., medidas de prevenção do suicídio, medicação para evitar episódios de descompensação do foro de saúde mental), mas tal já não ocorrerá se extravasarem os fundamentos da medida e a sua correlação com a falta ou limitação do processo de formação de vontade, como seja, por exemplo, a recusa pelo beneficiário de determinada cirurgia, tratamento, medida de reabilitação, entre outras.

As fronteiras do acompanhamento são definidas em concreto e expressamente especificadas na sentença conferindo um efeito vinculativo ao seu

⁸⁴ Cf. ANDREA DIEKMANN. — Erforderlichkeit der Betreuung und der Vorrang anderer Hilfen. BtPrax - Betreuungsrechtliche Praxis. 5/2011. pp. 185-188. p.185.

⁸⁵ Cf. ANDREAS JÜRGENS. —Betreuung wider Willen. Eine Frage richterlicher Wertentscheidung. BtPrax - Betreuungsrechtliche Praxis. 2/1992 (47-49). p. 49. Ver ainda BGH, Beschluss vom 23. Januar 2019 - XII ZB 397/18.

objecto. Os alargamentos não expressamente previstos ou poderes genéricos do acompanhamento não podem colher uma interpretação a favor da expansão do conteúdo da relação de acompanhamento, porquanto esta se encontra circunscrita aos fundamentos e correspondente juízo decisório formulado na sentença.

Fora deste âmbito, entraremos nos outros mecanismos de salvaguarda emergentes de outras relações jurídicas, como por exemplo, o consentimento presumido ou a gestão de negócios.

B. Incapacidade de agir

Conforme já foi referido, a medida de salvaguarda enquanto incapacidade apresenta-se como recurso absolutamente excepcional. E esta circunscreve-se ao expressamente fixado na sentença e nos estreitos limites e motivos nela elencados. Fora do efeito constitutivo da sentença, o beneficiário preserva na plena força a presunção de plena capacidade, artigo 12.º, n.º 2 da Convenção.

A fundamentação da referida incapacidade assentará, inevitavelmente, num juízo de prognose sobre a existência de um perigo suficiente de ocorrência de actos lesivos para os interesses do beneficiário. Terá de existir um nexo entre a falha ou limitação no processo formativo da vontade e o perigo fundado de realização no futuro de actos decorrentes daquelas falhas ou limitações. O juízo é *prospectivo*, mas funda-se em circunstâncias e condições actuais do beneficiário que apresentam um carácter duradouro e cuja incapacidade se revela como *ultima ratio* na salvaguarda dos interesses daquele. Só interesses relevantes e de grande valor (seja patrimonial, seja pessoal) justificam a restrição da capacidade da pessoa e sempre em circunstâncias absolutamente excepcionais. Se a restrição coenvolve uma intervenção na esfera pessoal, o juízo terá que concatenar o grau de falta ou limitação das faculdades do beneficiário e a salvaguarda dos interesses da pessoa, atenta a sua concreta situação de vida⁽⁸⁶⁾.

⁸⁶ Landgericht Landau (Pfalz), Beschluss vom 17.02.2012, 3 T 77 / 11, FamRZ 2012, p. 1325 e DIETER SCHWAB. — MünchKomm-Schwab, 6th ed., 2012, § 1903 [beckonline] para. 9

Cabe ao acompanhante desempenhar uma função preventiva (o foco está em evitar a realização de actos danosos) e não reactiva, devendo intervir no processo de formação da vontade *ex ante* à realização do acto viciado. Isto significa, ínsita à sujeição da autorização, a previsão de deveres de cuidado que permitam ao beneficiário agir autonomamente e não cair na tentação de corresponder à autorização de poderes de representação legal. Estes são autónomos do âmbito de incapacidade e prendem-se com a ausência de vontade de acção ou declaração do beneficiário e não com a sua substituição *tout court*. A uma incapacidade correspondem deveres de cuidado para a formação de uma vontade e apoio de decisão.

O juízo de proporcionalidade é, por isso, transversal. Não só na determinação dos pressupostos que justifiquem objectivamente a consideração da reserva de autorização em ligação com a tutela de interesses patrimoniais do beneficiário, como na eficácia da medida. Pensem nas situações em que, por exemplo, o beneficiário se encontra casado sob um regime que não lhe confere legitimidade para dispor de bens imóveis, ou que não tem um património relevante ou, ainda, que o perigo advém da gestão dos seus rendimentos. A incapacidade não é o meio idóneo quando o fim pretendido se alcança por meio adequado e menos restritivo. Quanto muito, pegando no primeiro exemplo, dever-se-á reforçar os deveres de cuidado no acompanhamento do beneficiário do cônjuge quanto ao património conjugal ou, no âmbito da gestão, prever o acompanhamento para assegurar uma administração do dinheiro, por exemplo, que condicione o montante diário a levantar, ou um *plafond* de montantes mais elevados, dependendo de decisão conjunta do acompanhante, com vista a evitar que os rendimentos sejam consumidos pela compulsão para o jogo. Todavia, estas situações serão de limite, devendo garantir-se o tanto quanto possível a autonomia de gestão patrimonial sem prejuízo da presença do acompanhante no auxílio da gestão orçamental do beneficiário.

O respeito pelo livre desenvolvimento da personalidade e dignidade do beneficiário impõe a salvaguarda dos seus direitos objectivos, mesmo que em concreto careça de condições para o exercício das faculdades naqueles reconhecidos. Ninguém pode ser discriminado pela sua condição de deficiência, pelo que se deve sempre garantir ao beneficiário o pleno exercício dos seus direitos e deveres, pelo que o juízo de proporcionalidade é determinante para assegurar a dignidade da pessoa humana⁽⁸⁷⁾.

C. Incapacidade jurídica para testar

No caso da incapacidade para testar, o legislador conduziu ao limite a incompreensão do artigo 12.º, n.º 2 e 3 da Convenção. Não só prevê a possibilidade de restringir *ex ante* a aptidão para uma disposição *mortis causa*, como acopla um efeito legal automático de incapacidade jurídica de gozo para outorgar um testamento vital. Já não é a mera incapacidade de agir autonomamente que está em causa, é retirar a possibilidade de o beneficiário se autodeterminar. Esta incapacidade não é função da ausência de um elemento essencial à perfeição e eficácia do testamento vital ou procuração, mas da discriminação da pessoa no acesso a instrumentos de autonomia prospectiva para situações em que os mesmos cumprem o desiderato de garantir uma solução representativa da vontade autêntica do beneficiário.

Tirando a coincidência do radical *testamento* não vislumbramos como a autodeterminação da esfera pessoal seja equivalente ao acto de disposição *mortis causa*. Estamos em querer que, pressupondo que o legislador foi razoável, não se leve à letra a referência a testamento, porquanto o mesmo vai muito além da afirmação do momento em que se descontinuam os cuidados de saúde. É uma expressão da individualidade e autonomia prospectiva cujos efeitos em nada bulem

⁸⁷ Cf. KLAUS LACHWITZ. — Menschen mit geistiger Behinderung im Spannungsfeld zwischen Selbst- und Fremdbestimmung - Die Auswirkungen des Betreuungsgesetzes und der Unterbringungsgesetze der neuen Bundesländer auf das Leben geistig behinderter Menschen. BtPrax - Betreuungsrechtliche Praxis, 4/1995, pp. 114-121. p. 116.

com as exigências patrimoniais e, fundamental, cujas consequências não se repercutem no património dos sucessíveis, antes decorre da afirmação da pessoalidade do outorgante enquanto expressão da sua autenticidade.

Daí que a extensão *ex lege* — e dizemos efeito legal porque o juízo da idoneidade para celebrar um testamento não é equivalente à idoneidade para outorgar um testamento vital e nomear procurador para cuidados de saúde (artigo 11.º da Lei n.º 5/2012, 16-07) — seja inadmissível. Aliás, é na incapacidade para nomear procurador que nos deparamos com o efeito mais perverso da correspondência entre estes dois juízos. A pessoa, mesmo que com capacidade diminuída, tem o direito de participar e escolher a pessoa que pretende que assuma o poder de decisão em situação de incapacidade. Aqui chocam o princípio da subsidiariedade atinente ao afastamento de instrumentos voluntários e o da proporcionalidade, no que tange ao juízo de adequação e necessidade entre o instrumento de salvaguarda e a recusa de efeitos à vontade manifestada pelo beneficiário. Esta a ser objecto de sindicância, será na modelação da medida de acompanhamento e não na exclusão de soberania *ab initio* sobre a sua esfera de interesses.

D. Representação legal

A este respeito, deve ser deixado claro que a atribuição de poderes de representação não determina uma correspectiva incapacidade. Nem devem coincidir poderes de representação e incapacidade de agir (sujeição a autorização), porquanto os fundamentos de um e de outra residem em necessidades distintas de salvaguarda dos interesses do beneficiário. O risco da representação legal corresponder a uma medida de substituição é real se não se pré-compreender quais as necessidades que justificam que alguém actue em nome e no interesse do beneficiário corre-se o perigo de se pisar aquele limite. A razão de ser da atribuição

de poderes de representação prende-se com a limitação ou inércia da actuação pelo próprio beneficiário e não no risco de realização de actos *per se*⁽⁸⁸⁾.

A actuação do representante legal é — e deverá ser — um instrumento de inclusão da vontade do beneficiário, pelo que caberá àquele o ónus de uma actuação conforme os limites do instrumento (sentença) que o legitima a actuar e de acordo com a vontade e interesses do beneficiário⁽⁸⁹⁾. Isto significa que a actuação do acompanhante não poderá ser objecto de oposição do beneficiário, sob cominação de falta de legitimidade e consequente ausência de eficácia de decisão do acompanhante. Para que se possa falar de uma actuação contrária ao beneficiário, teremos de invocar a falta de capacidade deste para uma oposição eficaz ou, para os casos mais graves, poderes-deveres de cuidado que justificam uma intervenção como meio único de acautelar interesses fundamentais para o beneficiário (o caso paradigmático será condicionar ou limitar a liberdade em situações de risco de suicídio ou de garantia de cuidados de saúde precisos, como a medicação do foro mental). O juízo de proporcionalidade terá que respeitar, assim, o prescrito no artigo 12.º, n.º 4 da Convenção. Noutro exemplo, não pode o acompanhante cessar um contrato de arrendamento invocando poderes de representação se o beneficiário, não incapaz, se opõe ou não foi consultado e confirmado previamente a decisão daquele⁽⁹⁰⁾.

A sentença que confere poderes de representação não escamoteia a relação de base que se estabelece entre o beneficiário e o acompanhante. É esta relação que vincula a actuação do representante e que a torna especial, em particular pela dimensão pessoal e fiduciária do propósito de permitir a autodeterminação de interesses do beneficiário. Não é um mero instrumento legitimador de um poder discricionário, muito pelo contrário, encontra-se estritamente vinculada nas

⁸⁸ Cf. DIETER BOBENHAUSEN. —Konkurrenzen zwischen dem Willen des Betreuten und des Betreuers: Gesetzliche Vertretung - Kontosperre - Schenkung, BtPrax - Betreuungsrechtliche Praxis, 5/1994 (158-161), p. 159.

⁸⁹ Cf. VOLKER LIPP. — Assistenzprinzip und Erwachsenenschutz. Zur Kritik des Fachausschusses zur UN-Behindertenrechtskonvention am Betreuungsrecht. FamRZ 2017, 4, pp. 9-10.

⁹⁰ Cf. DIETER SCHWAB. — Vorsorgevollmacht und Selbstbestimmung. Anmerkung zu BGH, Urteil v. 25.3.2014 – X ZR 94/12. FamRZ 2014, 937 FamRZ 2014, 888, p. 888.

dimensões interna e externa à vontade e interesses do sujeito da relação e condiciona e responsabiliza igualmente o terceiro com quem o acompanhante actua⁽⁹¹⁾.

E. Excesso de regras sobre a capacidade jurídica e de agir

Para uma revisão assente mais na geometria do que no conteúdo, encontramos, na nova formulação legal, demasiadas normas centradas sobre o que pode ou não o beneficiário fazer. Ou seja, de forma enviesada, o legislador continua refém da natureza negativa da medida. Parte da construção da relação jurídica de acompanhamento na perspectiva do seu sujeito destinatário de tutela e não na das garantias de autodeterminação do beneficiário e protecção face à heterodeterminação de interesses pelo acompanhante – o que pode ser feito pelo beneficiário, o que pode ser objecto de restrição, sem que, quando admite o poder de restringir a capacidade jurídica de gozo e de agir (em particular, no âmbito do artigo 147.º, n.º 2 do Código Civil), precise os estritos limites da tal restrição.

Uma dessas normas que merecem ser objecto da nossa atenção é a do artigo 147.º. Uma leitura benéfica veria no catálogo de direitos previsto no n.º 2 do referido artigo uma garantia de não restrição e atribuição ao acompanhante.

A possibilidade de se determinar, agora judicialmente, incapacidades jurídicas de gozo deixa-nos perplexos, demonstrando que o legislador não se conseguiu desprender do anterior regime e se limitou a alterar a semântica ao atribuir a tarefa restritiva ao julgador, com a incompreensão do mandato que resulta da Convenção, permitindo a restrição da capacidade jurídica de gozo e de direitos pessoais (*maxime*, direitos de personalidade, como é o caso do artigo 5.º, n.º 3 da Lei de Saúde Mental) sem expressa previsão legal dos pressupostos.

Tal é particularmente visível tanto mais quando a lei deixa à valoração judicial a concretização do que constitui as qualidades *ad futurum* para, por

⁹¹ Cf. DIETER SCHWAB. — Vorsorgevollmacht und Selbstbestimmung. Anmerkung zu BGH, Urteil v. 25.3.2014 – X ZR 94/12. FamRZ 2014, 888, p.890.

exemplo, contrair casamento ou viver em união de facto. A liberdade de constituir família (artigo 36.º, n.º 1 da Constituição), não obstante a sua natureza de garantia institucional, não deixa de estar vinculada ao princípio da igualdade, em particular quando a restrição resulta da condição de deficiência. Neste sentido, a possibilidade de uma decisão *ex ante* restritiva da liberdade de acção do beneficiário extravasa o âmbito de salvaguarda de interesses que deve obedecer o acompanhamento. O centro de interesses que a sentença de acompanhamento convoca é o do beneficiário, pelo que não se comprehende em que medida o alargamento do âmbito de acompanhamento a uma dimensão de pura incapacidade se justifica e, por isso, é conforme o artigo 12.º, n.º 2 da Convenção. Que interesses se encontram acautelados? A necessidade de apoio e cuidado, enquanto medida principal, deve ser recortada por círculo de tarefas ou interesses e nestes encontramos formas de acautelar o livre exercício do beneficiário na autodeterminação da sua esfera de interesses sem que tal convoque a necessidade de o incapacitar⁽⁹²⁾.

⁹² No acórdão *Delecolle c. França*, req. 37646/13, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos apreciou a limitação da capacidade nupcial à luz do artigo 12.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Neste caso o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos entendeu que se encontrava dentro da margem de apreciação do Estado prever a sujeição da pessoa sob medida de curatela legal à autorização para contrair casamento, uma vez que se reservava o direito da pessoa poder requerer junto de autoridade judicial o suprimento dessa autorização. Por isso, conclui o tribunal, a limitação da capacidade para casar pela lei nacional não é arbitrária, nem desproporcional. O tribunal francês tinha entendido que a condição de saúde mental da pessoa não a permitia compreender na íntegra o impacto da sua decisão de consentimento para o casamento e dos riscos que esta encerraria em termos de interesses patrimoniais. A valoração dos interesses patrimoniais em detrimento da liberdade pessoal para assumir a relação conjugal parece-nos, não obrante a decisão do tribunal europeu, extravasar o critério de adequação ínsito ao teste de proporcionalidade em sentido amplo. Estes poderiam ser acautelados, agora reportando à nossa lei, pelo recorte do âmbito de atribuições do acompanhamento à administração patrimonial que poderia interferir com a escolha do regime de bens em sede de convenção antenupcial. Ou seja, dentro da optimização de direitos do beneficiário, é possível individualizar uma medida que respeite a liberdade do beneficiário e simultaneamente acautele os seus interesses patrimoniais sem esvaziar em detrimento de outro. Em declaração de voto, ANGELIKA NUßBERGER critica a abordagem feita pela posição maioritária ao não enquadrar a margem de apreciação dos Estados à luz do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Ela conclui « Il est vrai qu'il ne faut pas sous-estimer le risque pour une personne présentant un « trouble cognitif léger », « des fragilités psychologiques » et « une certaine vulnérabilité » (paragraphe 9 de l'arrêt) d'être exploitée par des tiers, surtout quand cette personne est dotée d'une fortune considérable. Mais une mesure restrictive, prise contre la volonté de la personne concernée, ne doit pas aller, à mon avis, au-delà de ce qui est strictement nécessaire. Même si la règle de l'article 460, alinéa 1, du code civil n'est pas critiquable en soi, son application

Não estamos a falar de situações pontuais de intervenção decorrentes de uma medida provisória (artigo 139.º, n.º 2 e artigo 891.º, n.º 2 do Código de Processo Civil). Mesmo perante esta, face à possibilidade de limitação circunscrita ao perigo

dans les circonstances de l'espèce, qui a abouti à une interdiction du mariage, est disproportionnée. C'est une mesure plus paternaliste que protectrice, qui n'est pas compatible avec l'article 12 lu à la lumière de l'article 8.»

Verificamos que a solução portuguesa — tal como se encontra consagrado no artigo 1601.º do Código Civil — não vai ao encontro da garantia de formação de uma vontade perfeita do beneficiário pelo acompanhante. Antes estamos perante uma incapacidade jurídica de gozo que atinge a qualidade e idoneidade para ser sujeito de relações jurídicas. Não basta afirmar que há uma recorte da medida de acompanhamento em função dos interesses do beneficiário se o excluímos, mesmo que por decisão judicial, da liberdade de autodeterminação dos seus interesses pessoais. em particular se a restrição é feita em função de interesses objectivos e patrimoniais (como acontecia no caso *Deleccolle*). Daí a crítica da declaração de voto da ANGELIKA NUßBERGER quanto à justificação de afastar a vontade do beneficiário em razão de interesses objectivos e patrimoniais. Em particular, quando o fundamento aventado pelos tribunais francesas não foi a falha de uma vontade perfeita para a celebração do casamento, quanto às exigências de consentimento, mas está ligado à subordinação a interesses patrimoniais. Ainda assim, por mais críticas que esta possa encerrar — e são fundamentais para afastar tal solução — o modelo de autorização permite preservar a liberdade de iniciativa do beneficiário e assegurar o direito suprir judicialmente a autorização. O problema maior da solução francesa prende-se com o critério de decisão do tribunal em sede de suprimento da autorização. Considerou o interesse objectivo e patrimonial, não obstante não ser colocada em causa a capacidade, enquanto aptidão natural, para compreender o alcance da decisão de prestar consentimento para se casar (NATHALIE PETERKA. — *Restrictions au droit du majeur en curatelle de se marier conformes à la Convention européenne*. Dalloz actualité 15 novembre 2018. [Dalloz.fr](http://dalloz.fr) [em linha] consultado 15 de Março). Só em casos muitos especiais — necessariamente circunscritos temporalmente e com vista a acautelar um concreta situação de perigo — e a título de *ultima ratio* será concebível a consagração de uma incapacidade e, a ser sujeito a tal possibilidade, somente a título de autorização do acompanhante tendente a assegurar a formação de uma vontade sem vícios e não de controlo da opção e decisão do beneficiário. Sempre com a garantia de o beneficiário poder requerer o suprimento da autorização. Ter-se-á, portanto, que preservar o núcleo intangível da capacidade, em particular da capacidade jurídica de gozo, enquanto resultado da garantia institucional. O tribunal deve, por isso, fazer uso dos poderes de adaptação que lhe confere a jurisdição voluntária e o leque de conteúdo flexível de medidas (artigo 145.º do Código Civil).

Ainda sobre o caso francês, o Conseil Constitutionnel (nº 2012-260-QPC, de 29 de Junho de 2012) avançou com um dos argumentos a favor da proporcionalidade da medida com o facto de se garantia ao beneficiário o acesso ao tribunal com garantias de contraditório para desafiar a recusa de autorização pelo curador (para uma visão síntese das decisões nacionais francesas ver NATHALIE PETERKA. — *Restrictions au droit du majeur en curatelle de se marier conformes à la Convention européenne*. Dalloz actualité 15 novembre 2018. [Dalloz.fr](http://dalloz.fr) [em linha] consultado 15 de Março). Ver ainda DAVID NOGUÉRO, JEAN-MARIE PLAZY. — *Majeurs protégés*. Recueil Dalloz 2012, dalloz.fr [em linha] consultado em 15 de Janeiro de 2019. p.2699; JEAN-JACQUES LEMOULAND; DANIEL VIGNEAU. — *Droit des couples*. Recueil Dalloz 2013. dalloz.fr [em linha] consultado em 15 de Janeiro de 2019. p.1089; GILLES RAOUL-CORMEIL. — *Défaut de consentement et défaut d'autorisation à mariage*. Recueil Dalloz 2017. dalloz.fr [em linha] consultado em 28 de Janeiro de 2019. p.1963

de realização de um acto prejudicial⁽⁹³⁾ ou viciado aos interesses, terá o tribunal que individualizar o concreto perigo para a pessoa e a falha na formação da vontade que a impede de celebrar o casamento, em particular quando tal sindicância cabe ao oficial público para a celebração do contrato de casamento. É um negócio jurídico pessoal, é certo, mas não obstante é do domínio privado e não judiciável. Tal constitui o exacto espartilho da suspeita de um sujeito menor a quem o direito recusa o reconhecimento de capacidade jurídica em circunstâncias de plena igualdade.

A mudança de paradigma apregoada não deixa de evidenciar que, na proposta que veio a assumir a força de lei, a construção legal continua apegada ao instituto da incapacidade. O artigo 136.º, n.º 1 do Código Civil é paradigmático. Mesmo a pretensa garantia de capacidade de agir apresenta-se como um *minus* e não um *mais*, uma vez que tal já resultaria do princípio geral da capacidade natural residual (artigo 127.º, n.º 1 do Código Civil).

Desta feita, cabe ao intérprete inocular o efeito potencialmente perverso deste artigo 147.º, assegurando que a sentença não fira a presunção de plena capacidade do artigo 12.º, n.º 2 da Convenção e que se limite ao estritamente necessário (artigo 12.º, n.º 4 da Convenção e artigo 145.º, n.º 1) em função das necessidades e não das capacidades concretas manifestadas pelo beneficiário. Tal levará ao aplicador a recusar um efeito útil a este dispositivo, mesmo nos casos em que determine a incapacidade de agir nos casos de sujeição a autorização. Isto

⁹³ Devemos ter uma compreensão que o carácter prejudicial do negócio se aproxima, de certa forma, à noção de prejuízo ínsita no pretérito artigo 149.º do Código Civil. Tal noção objectiva de prejuízo encerra um complemento operativo mais eficaz e conforme ao respeito pela autodeterminação do beneficiário. Não se secunda a autonomia, antes o risco de uma falha no processo de formação da vontade que poderia ser suprido com o apoio na decisão por um acompanhante. Claro está que a fundamentação de tal medida será sempre de natureza cautelar e por isso temporária. Não só acessória do processo principal de instauração de acompanhamento, mas, pela natureza de jurisdição voluntária da decisão, circunscrita ao efeito útil da medida que, pelo princípio da proporcionalidade, no teste da necessidade, se deve individualizar ao concreto(s) acto(s) ou determináveis. Não pode ser um medida geral, antes tem de resultar da individualização do concreto perigo que justifica uma tutela antecipatória da medida de acompanhamento. Tal como para a medida em si, a medida provisória terá que acautelar os mesmos direitos e interesses, logo quando a medida provisória se apresente como restritiva da autodeterminação do beneficiário, os mesmos testes de proporcionalidade deverão ser realizados.

porque, remetendo para o acima já exposto, a especificação da medida e juízo de proporcionalidade, determinará que a incapacidade não afecte a capacidade natural para realizar actos da vida corrente.

F. Necessidades temporárias e lei de saúde mental

Não obstante a possibilidade de determinação de medidas cautelares (artigo 891.º, n.º 2 do Código de Processo Civil) ou provisórias (artigo 139.º, n.º 2 do Código Civil), mantém-se a ideia que o acompanhamento, pela sua matriz institucional, cumpre uma função de cuidado duradoura (ainda que não permanente), à semelhança dos anteriores institutos.

A ausência de flexibilidade e adequação de resposta para situações pontuais, em particular, para as situações de intervenção em sede de saúde Mental. Já em 1998, o legislador tinha dado nota da necessidade de uma resposta especial para estas situações e, por isso, no original artigo 46.º, da Lei de Saúde Mental, pressupunha que «A gestão do património dos doentes mentais não declarados incapazes é regulada por decreto-lei». O foco era patrimonial, mas há muito que era necessário, igualmente, integrar a intervenção na vertente pessoal, em especial no apoio à execução e acompanhamento da própria terapêutica. Inexplicavelmente, e talvez isto mostre como o legislador ficou aquém do que a reforma exigia e era pressuposto da sua actuação, voltou, vinte anos depois a prever a regulamentação da situação das pessoas a serem tratadas no âmbito da lei de saúde mental. Em especial porque este artigo só foi modificado para comportar uma alteração semântica e não, como se exigia, uma alteração substantiva, sendo que aquela limitação é reconhecimento da insuficiência de regulação, pois a intenção primeira deveria criar um sistema que tivesse suficiente flexibilidade e articulação que acautelasse todas as situações e eliminasse as zonas cinzentas que se verificavam, o que não ocorreu.

Desta feita, a primeira pergunta que se coloca para o intérprete é: qual o sentido da manutenção e alteração do artigo 46.º da Lei de Saúde Mental? Que

outras situações poderão ser previstas em termos de cuidado das pessoas maiores? Encontrando-se previstos meios voluntários, actuações de facto e a medida institucional que é o acompanhamento, o que torna tão necessária tal regulamentação? Porque não pode a situação ser integrada dentro da própria intervenção em sede de lei de saúde mental e no quadro da articulação dos instrumentos e medidas disponíveis pelo sistema?

Entendemos, pois, ser imperioso uma coordenação entre a intervenção de saúde mental e o cuidado da pessoa maior à luz do novo paradigma legal. A necessidade de acompanhamento, na ausência de outros instrumentos, deve permitir que se circunscreva temporalmente o instituto às situações de internamento e/ou tratamento. Pelo que cabe ao Ministério Público articular entre o que é intervenção da lei de saúde mental e a salvaguarda de interesses da pessoa maior, e não ver aquela intervenção de forma analítica. Para isso, a legitimidade que a ele se reconhece, articulado com o poder de adequação e decisão de matriz de jurisdição voluntária, exigem aos tribunais a flexibilidade de intervir em sede de medidas provisórias (para os casos urgentes) ou em via simplificada para atribuição de poderes de cuidado e de gestão ordinária ao acompanhante prevendo um termo ou condição de duração da medida. Ou seja, a necessidade transitória deve, impreterivelmente, condicionar a eficácia temporária da medida de acompanhamento. Para isso, é necessário o reconhecer o poder adaptativo do processo e flexibilidade da medida para asseverar uma tutela contínua da pessoa que, por exemplo, foi objecto de internamento ou tratamento compulsivo. Isto porque o problema não se põe tanto quando a pessoa está dentro dos cuidados de saúde mental, antes quando está na transição ou fora daqueles. É para estes que o acompanhamento circunscrito temporalmente permite uma continuidade de cuidado que produz um efeito preventivo ao agravamento da situação e, consequentemente, um efeito positivo de plena inclusão da pessoa. Ainda a favor deste entendimento milita a própria formulação do artigo 900.º, n.º 1 *in fine* do Código de Processo Civil («fixa a data a partir da qual as medidas decretadas se

tornaram convenientes.»)(⁹⁴). Desta feita, deverá o tribunal apreciar a necessidade de uma medida de acompanhamento em sede de teste de subsidiariedade e após sinalização do Ministério Público.

Outra forma de suprir será convocar a aplicação de medidas cautelares ou preventivas ao abrigo do artigo 139.º, n.º 2 do Código Civil e do artigo 891.º, n.º 2 Código de Processo Civil, consumindo-se como medidas finais se as mesmas suprimirem o perigo e necessidade de intervenção. Ainda assim ter-se-á que ter em consideração a natureza de providência cautelar que não perde a sua natureza acessória. Todavia, a existência da acção principal consome a necessidade de instauração de acompanhamento se a mesma for suprida pela própria medida.

G. Reserva da vida privada e dados pessoais

Incompreensivelmente o legislador omitiu tecer considerações sobre uma das esferas mais pertinentes da pessoa. Na lista dos denominados «direitos pessoais» não figura a autodeterminação informacional e a reserva da vida privada. Estando em causa um instrumento que atinge a dignidade humana e a autodeterminação, o preciso recorte do âmbito de responsabilidade do acompanhante é fundamental para legitimar a sua intervenção lícita.

A ausência dessa indicação não deve permitir ao aplicador desconsiderar a relação de fidúcia que se estabelece e o especial dever do acompanhante, que se encontra numa posição de risco de devassa da vida privada do beneficiário. Tendo em consideração a natureza absoluta dos direitos de personalidade (consagrados constitucionalmente nos artigos 26.º, n.º 1 e 34.º da Constituição), estes são oponíveis ao acompanhante.

⁹⁴ Este dispositivo deve ser lido com cautela quando se preveja a eficácia das medidas ou âmbito de atribuições para um período não correspondente com a decisão. Conseguimos visualizar situações que justificam o protelar da medida ou alargam o seu conteúdo, como por exemplo, um internamento planeado. Durante este período pode ser prevista o alargamento dos poderes enquanto o mesmo se mantiver. Todavia, devem ser situações determinadas ou determináveis à data da sentença, porquanto o juízo de proporcionalidade e contemporaneidade pressupõe um grau de previsibilidade e segurança do conteúdo da medida que não é consentâneo com indeterminações quanto à eficácia da medida e âmbito de atribuições.

Tal impõe uma precisa delimitação das atribuições do acompanhante, nomeadamente, quanto ao poder de gestão e acesso a dados pessoais. A abordagem deve ser restritiva e garantística, pelo que a possibilidade de acesso a códigos de acesso, passwords de correio electrónico, correspondência, dados clínicos, deve ser ponderada na sentença e expressamente prevista a competência do acompanhante. Na ausência de previsão deve ser recusado o poder do acompanhante, salvo em situações que configurem uma condição *sine qua non* de exercício das suas responsabilidades. Por exemplo, se na sentença se atribuir o dever de cuidado em matéria de cuidados de saúde, o pleno exercício dos poderes do acompanhante pressupõe conhecimento da informação clínica para o apoio da tomada de decisão do beneficiário. No entanto, tal não afasta a titularidade e exercício pessoal do direito do beneficiário. Ou seja, a informação acessível circunscreve-se à necessidade de decisão, não se concedendo amplitude ao exercício de poderes substitutivos do beneficiário, por exemplo em termos de acesso pleno aos dados clínicos.

O mesmo se estende a outros domínios jurídicos que o legislador se esqueceu de alterar. Por exemplo, o artigo 13.º-A, n.º 1 da Lei de Promoção e Protecção de Crianças e Jovens em Perigo ainda refere a «interdito por anomalia psíquica». É certo que o artigo 23.º da Lei n.º 49/2018, 14-08, indica que «todas as referências legais a incapacidades por interdição ou por inabilitação, que não tenham sido expressamente alteradas pela presente lei, são havidas como remissões para o regime do maior acompanhado, com as necessárias adaptações»⁽⁹⁵⁾. No entanto, ficam dúvidas sobre como interpretar o disposto no artigo 13.º-A, n.º 1: «A comissão de protecção pode, quando necessário para

⁹⁵ Na insuficiência da norma temos ainda as normas de natureza penal a respeito das medidas de coação e sanções acessórias que chocam com o princípio da legalidade penal. Desde logo, o artigo 199.º do Código de Processo Penal («b) Do poder paternal, da tutela, da curatela, da administração de bens ou da emissão de títulos de crédito»), o artigo 152.º, n.º 6 do Código Penal relativo à violência doméstica («6 - Quem for condenado por crime previsto neste artigo pode, atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente, ser inibido do exercício do poder paternal, da tutela ou da curatela por um período de um a dez anos), o artigo 169.º, n.º 2 c) do Código Penal («c) Com abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho;»).

assegurar a protecção da criança ou do jovem, proceder ao tratamento de dados pessoais sensíveis, designadamente, informação clínica, desde que consentida pelo titular dos dados ou, sendo este menor ou interdito por anomalia psíquica, pelo seu representante legal, nos termos da alínea h) do artigo 3.º e do n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Protecção de Dados Pessoais, aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro». A menção à necessidade de consentimento pela Comissão de Protecção não pode ser suprida pelo acompanhante a não ser que haja uma expressa autorização pela sentença. Fora deste enquadramento só por suprimento da autorização» com o artigo 3.º, h)(⁹⁶), ambos da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo. Nestes casos, torna-se necessário para o reconhecimento da legitimidade do acompanhante que fique expresso o âmbito de poderes do acompanhante, sem prejuízo de que este apenas estará legitimado a agir em nome do beneficiário se este não se opuser ou não for capaz de consentir.

Por último, a relação pessoal e de fidúcia exige ainda um dever especial de segredo do acompanhante como condição natural da relação de acompanhamento.

H. Intervenção do Ministério Público

Nos processos em que o Ministério Público não seja o requerente, este deve ser chamado a intervir a título principal, atento o disposto nos artigos 4.º, n.º 1, alínea i) e 9.º, n.º 1, alínea d), ambos do Estatuto do Ministério Público. Isto porque a representação dos interesses do beneficiário não pressupõe a substituição processual do beneficiário, sob pena de violação do artigo 12.º, n.º 2 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o artigo 13.º da Constituição. Nem tão pouco pode a autorização, mesmo quando prestada pelo beneficiário ou suprida, significar a substituição processual do beneficiário. Este continua a ser sujeito da relação processual, conservando todos os seus direitos e

⁹⁶ «'Consentimento do titular dos dados': qualquer manifestação de vontade, livre, específica e informada, nos termos da qual o titular aceita que os seus dados pessoais sejam objecto de tratamento».

deveres processuais (artigo 15º, n.º 2 em conjugação com o artigo 19.º *a contrario*, ambos do Código de Processo Civil)

A isto acresce o facto de o actual processo especial não ser um processo verdadeiramente de partes. Não obstante a acção se encontrar regulada no âmbito dos processos de contencioso, a sua matriz é de jurisdição voluntária (artigo 891.º, n.º 1 do Código de Processo Civil). Estamos, primordialmente, perante uma actividade de administração de interesses, *in casu*, os do beneficiário⁽⁹⁷⁾. Interesses estes que estão presentes mesmo que seja o próprio beneficiário a requerer e continuarão, com particularidade acuidade, quando seja um dos herdeiros a requerer ou, mesmo, o Ministério Público.

Considerando que medida de maior acompanhado não visa suprir a falta de capacidade de uma determinada pessoa, antes pretende, essencialmente, salvaguardar os interesses do beneficiário e suprir as suas necessidades, vulnerabilidades ou situações de dependência, sejam elas de cariz jurídico ou meramente fáctico, decorrentes de uma qualquer situação de deficiência, as garantias dos direitos do beneficiário terão que encontrar respaldo nas exigências de um processo equitativo onde se assegure a sua presença efectiva com direito a intervir, pelo que terá sempre que ser assegurada a sua chamada a intervir no processo conjuntamente com a garantia de um estatuto processual pleno. Ao Ministério Público exige-se o exercício da função de curador dos interesses do beneficiário e prossecução do interesse público. A sua intervenção será sempre a título principal, mesmo que não seja o requerente (artigos 4.º, n.º 1, alínea i) e 9.º, n.º 1, alínea d), do Estatuto do Ministério Público). A função que este desempenha aproxima-se, por isso, da que desempenha nos processos tutelares cíveis e da lei de promoção e protecção de crianças e jovens.

Logo, compete ao Ministério Público a função de charneira de os acautelar, devendo a representação dos incapazes ser lida de uma forma actualista e conforme à Convenção e à Constituição, actuando, portanto, aquele Ministério

⁹⁷ Cf. ALBERTO DOS REIS — Processos Especiais. Vol. II (Coimbra: Coimbra editora, 1982). p. 398

Público na salvaguarda do interesse público de tutela e inclusão das pessoas com deficiência. Por isso, o processo de maior acompanhado não se converte num processo binário quando não é o Ministério Público o requerente, devendo este actuar sempre como instrumento de salvaguarda dos interesses do beneficiário, se necessário, mesmo contra a vontade expressa deste (falamos das situações limites de capacidade diminuída para compreender e decidir em salvaguarda de interesses próprios).

Esta função deve ser correspondente à qualidade de sujeito processual a assumir no processo, desde logo a título principal na salvaguarda do interesse público que é a inclusão e a assistência dos beneficiários, bem como na nova compreensão de que a representação não pressupõe a substituição do beneficiário, mas tão só uma actuação ao lado deste. E isto em particular quando o processo está estritamente funcionalizado à pessoa do beneficiário⁽⁹⁸⁾. Esta é a melhor interpretação a dar ao instituto do maior acompanhado, à natureza do processo especial, às atribuições do Ministério Público e ao artigo 21.º do Código de Processo Civil, pelo que deve este ser citado para intervir a título principal, sem prejudicar a legitimidade do beneficiário.

I. Lei pessoal do apátrida (artigo 32.º)

O legislador procedeu ainda à alteração do artigo 32.º do Código Civil a respeito da lei aplicável ao estatuto pessoal dos apátridas: «2 — A lei pessoal do apátrida é, porém, a do seu domicílio legal quando o apátrida seja menor ou quando seja maior acompanhado com domicílio legal determinado por sentença». Primeiro, porque particularizar à situação do beneficiário? Segundo, o estatuto pessoal é definido pela lei pessoal a que o artigo 32.º visa dar resposta, e não à luz do direito material português. Pelo que não se comprehende a subordinação da lei pessoal ao estatuto material que regula a medida de maior acompanhado⁽⁹⁹⁾.

⁹⁸ Por este motivo a morte do beneficiário dar lugar à extinção da instância, artigo 904.º, n.º 1 do Código de Processo Civil.

⁹⁹ O projecto do Centro de Direito Família previa a alteração desta norma, contudo a razão para a alteração prendia-se tão-só com, o arrumar o sistema conflitual, servindo a alteração o único

A alteração, tal como foi feita, coloca a norma fora do seu domínio próprio da lei competente e respetivo juízo de proximidade sobre a lei pessoal, que não se confunde com o âmbito e fins da relação de acompanhamento. Estamos a falar da verificação da conexão pessoal, cujos efeitos agora resultam de uma decisão judicial com os escolhos que daí resulta ao seu reconhecimento. Ainda que se possam enquadrar os efeitos da fixação da residência através de sentença, tal frustra de forma grave o propósito da conexão pessoal.

Fica por se determinar qual a lei aplicável quando a pessoa não tenha residência habitual e ainda não esteja sujeita a uma medida de acompanhamento (podendo o beneficiário estar ao abrigo de uma medida regulada por lei estrangeiro). É esse o propósito do n.º 2 do artigo 32.º. Este não era uma norma especial ou vinculada à situação da pessoa maior, mas a todas as pessoas e, certamente, a questões que estão para lá das medidas de salvaguarda que podem ou não existir, mas que certamente não serão determinadas à luz da lei portuguesa. Pois se esse é o âmbito da norma, então não se comprehende a referência especial perante o artigo 6.º da Convenção de Haia de 2000.

V. Algumas notas sobre a aplicação da lei no tempo

O artigo 26.º, enquanto disposição transitória, contém no seu corpo normas de carácter formal e material⁽¹⁰⁰⁾. São formais aquelas que se limitam a determinar quando se aplica o novo regime de acompanhamento e o antigo regime das incapacidades. É o caso do n.º 3 («Aos actos dos requeridos aplica-se a lei vigente no momento da sua prática») que se circunscreve ao âmbito de eficácia e validade dos actos do beneficiário, até aqui interdito ou inabilitado, e do tutor. Isto significa que o regime de incapacidade perdura no tempo, incluindo as regras processuais

propósito de aproveitar o ensejo para corrigir uma solução legal desadequada. A proposta de alteração do artigo 32.º: «2. Na falta de residência habitual, é aplicável a lei do lugar da sua residência ocasional; se esta não puder ser determinada, é aplicável a lei do país com o qual o interessado tenha uma conexão mais estreita.»

¹⁰⁰ Sobre o direito transitório veja-se BAPTISTA MACHADO. — Introdução ao direito e ao discurso legitimador, 12.ª reimp. (Coimbra: Almedina, 2000). pp. 229- 230.

quanto às medidas cautelares. Todavia, há problemas que se colocam em termos de aplicação de lei no tempo, atento o facto do acompanhamento não determinar, nem dever, por regra uma incapacidade de agir.

Os efeitos *de suspeição* que se levantam sobre a esfera de liberdade de acção do beneficiário à luz do actual regime mantém-se nos processos pendentes, ainda que a medida decretada a final seja acompanhamento e não os termos previamente circunscritos e (tendencialmente⁽¹⁰¹⁾) fechados da interdição e inabilitação. Estes, lembremos, tinham como consequência a previsão de uma incapacidade de agir como efeito automático decorrente da lei, sem margem de apreciação para o tribunal, com excepção da inabilitação. Ora, a mera constituição da medida de acompanhamento é condição suficiente (falamos, claro dos processos pendentes com a entrada da nova lei e atento o artigo 26.º, n.º 1) para que se possa impugnar o negócio desde que se prove o prejuízo?

Não parece que faça sentido referir os poderes de representação porquanto estes são um instrumento equivalente, no actual paradigma, à representação voluntária no sentido que conserva o beneficiário liberdade e autodeterminação para agir sem prejuízo da existência do representante. Aliás, conforme referido *supra* o modelo de acompanhamento centra-se na óptica dos poderes-deveres do acompanhante, quer na relação interna para com o beneficiário, quer na relação externa em termos de oponibilidade e legitimidade da sua intervenção perante terceiros. A grande alteração é, assim nos parece, o controlo incidental da legitimidade dos poderes do acompanhante como ónus do terceiro que com ele interaja.

Este problema seria perfeitamente evitável se tivesse havido o cuidado na regulamentação das disposições transitórias, em particular dos processos pendentes, isto porque só relativamente a estes se coloca a questão, e tendo em consideração o número de situações e a sua limitação temporal (desde logo pelo

¹⁰¹ Na nossa dissertação de mestrado, à luz dos princípios constitucionais, nomeadamente a proporcionalidade, entendíamos que seria possível decretar uma inabilitação sem prever a incapacidade de agir.

prazo de caducidade para impugnar o negócio – artigo 287.º do Código Civil) estariam resolvidos com certeza e segurança jurídica por uma norma clarificadora da ponte de aplicação temporal dos regimes jurídicos. A título de exemplo, veja-se o artigo 45.º do projecto do Centro de Direito da Família seria suficiente⁽¹⁰²⁾. Tomando em consideração o princípio da não transconexão, estamos perante duas leis que se reportam a um facto delimitado no tempo, contudo não preenchem a *fattispecie* da norma legal da lei antiga, uma vez que convoca, como pressuposto integrante daquela uma decisão judicial que será tomada à luz da lei nova. O problema é a ruptura das regras jurídicas que regulam o instituto e que vão além do mero *nomen iuris*.

O n.º 1 do artigo 26.º determina a aplicação imediata do regime do acompanhamento e prevê um poder dever do tribunal de adequar e gerir (n.º 2)⁽¹⁰³⁾

¹⁰² Artigo 45.º do Projecto do Centro de Direito da Família:

«Actos praticados no decurso da ação

1. São anuláveis os actos praticados pelo curatelado no decurso de processo pendente à data de entrada em vigor da presente lei, quando tenha sido dada publicidade à ação nos termos do artigo 892.º da lei processual antiga, contanto que:

a) A curatela venha a ser definitivamente instaurada;
b) O acto realizado integre o âmbito da inabilitação [(equivalente ao regime da autorização prévia previsto no Código Civil)] definitivamente decretada;
c) Se mostre que o acto causou prejuízo ao curatelado.

2. O prazo dentro do qual a ação de anulação deve ser proposta só começa a contar-se a partir do registo da sentença.»

¹⁰³ Como critério interpretativo de quais os poderes ou *démarches* que o tribunal possa e deva realizar, sugerimos o artigo 44º do Projecto do Centro de Direito da Família (cf. disponível no sítio <http://www.centrodedireitodafamilia.org/relatórios/2017>):

«1. Nos processos pendentes em que tenha sido requerida a interdição ou inabilitação, o juiz proferirá sentença de acordo com as disposições da nova lei, nos termos dos números seguintes.
2. Nos processos em que tenha sido requerida a interdição e a inabilitação por surdez-mudez ou cegueira e inabilitação por prodigalidade, abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefácia, a curatela só poderá ser instaurada na medida em que os factos invocados sejam relevantes para efeitos do artigo 138.º do Código Civil, podendo o requerente aperfeiçoar o seu requerimento inicial e requerer novos meios de prova.

3. Nos processos pendentes em que ainda não tenham sido realizados o exame pericial e o interrogatório, há lugar ao saneamento nos termos do artigo 896.º do Código de Processo Civil, sem prejuízo do aproveitamento dos actos processuais já realizados; nestes casos seguem-se os subsequentes termos do processo previstos na presente lei, com as necessárias adaptações.

4. Nos restantes processos pendentes, aplicam-se os artigos 905.º a 905.º-B do Código de Processo Civil, podendo o tribunal ordenar a produção de nova prova para delimitação da extensão da curatela.

5. Há lugar à conferência final para audição do requerido sempre que este não tenha sido ouvido no decurso do processo.»

os processos pendentes de interdição e inabilitação com vista a aplicar a medida de acompanhamento.

Por sua vez, serão de natureza material as normas que estabelecem uma regulamentação própria (adaptada a proceder a uma transição temporal entre diferentes leis), logo assumem um carácter *ad hoc*. Deste tipo temos os n.ºs 4, 5, 6, 7 e 8⁽¹⁰⁴⁾.

Outra questão de não menos importância é a não previsão de qualquer regime de revisão para as interdições e inabilitação convertidas *ex lege* em acompanhamento. Esta omissão do legislador não deixa de chocar o intérprete perante a insensibilidade do impacto de movimentação processual que a nova lei convoca a partir das revisões da medida obrigatórias e não somente por impulso processual. Não podem restar dúvidas perante a ausência de disposição legal transitória, que valem os prazos de revisão a contar nos termos do artigo 279.º do Código Civil. Tal significa que, no limite, as medidas de acompanhamento que resultem por conversão legal terão que ser revistas até 2024, com a agravante de que o prazo se verifica em bloco para todas elas e de que a revisão terá que resultar de instrução e decisão judicial. Para evitar afluência de pendências, deve o Ministério Público inventariar o número de interdições e inabilitações convertidas legalmente e estabelecer diligências administrativas a aferir das situações em que se encontram, promovendo a revisão de situações manifestamente excessivas (com especial atenção para as interdições), na ausência de situações manifestas, deve ser escalonado fases de revisão com vista a uma gestão racional de recursos e pendências⁽¹⁰⁵⁾.

¹⁰⁴ Para um confronto sobre as disposições transitórias do projecto do Centro de Direito da Família, vejam-se os artigo 40.º e seguintes (cf. disponível no sítio <http://www.centrodedireitodafamilia.org/relatórios/2017>)

¹⁰⁵ A proposta do Centro de Direito da Família (cf. disponível no sítio <http://www.centrodedireitodafamilia.org/relatórios/2017>) é a seguinte:

«Artigo 43.º

(...)

2. Há lugar à revisão oficiosa da curatela, resultante da conversão das interdições e das inabilitações, nos seguintes prazos a contar da data de entrada em vigor da presente lei:

Destarte, não podemos ignorar a vinculatividade do artigo 12.º da Convenção enquanto norma de aplicação directa, ou seja, sem necessidade de mediação concretizadora do legislador nacional. Isto significa que o intérprete pode aplicar directamente o artigo 12.º corrigindo o resultado de aplicação da lei não alterada. O mesmo vale para os direitos e garantias previstos nos artigos 20.º, 26.º, 40.º da Constituição. O princípio interpretativo basilar é de presunção de plena capacidade, pelo que as referências que possam existir às interdições e inabilitações e que pressuponham um modelo de substituição (pensem no artigo 142.º do Código Penal) ou incapacidade, devem ser tidas como ineficazes se tal afastar o beneficiário do processo de autodeterminação da sua esfera de interesses¹⁰⁶).

VI. Conclusões

O intérprete e aplicador não podem ignorar a transversalidade da relação jurídica de acompanhamento, em especial a partir da posição jurídica do sujeito destinatário do novo instituto. É na raiz que encontramos o fio condutor do novo sistema e, por isso, a interpretação do novo instituto terá que ser feita dentro das balizar axiológico-normativas dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, concretizados pela Convenção das Nações Unidas.

A utilização de cláusulas gerais afigura-se como uma boa técnica legislativa enquanto critério normativo a concretizar pelo tribunal, mas para que funcione é necessário que se atenda à base principal que subjaz aos direitos em confronto.

-
- a) Nas interdições e nas inabilitações decretadas há mais de 20 anos, a revisão tem lugar no prazo máximo de 2 anos;
 - b) Nas interdições e nas inabilitações decretadas há mais de 10 anos, a revisão tem lugar no prazo máximo de 4 anos;
 - c) Nas interdições e nas inabilitações decretadas há mais de 5 anos, a revisão tem lugar no prazo máximo de 5 anos.»

¹⁰⁶ Ainda que redundante atendendo ao regime artigo 12.º da Convenção e aos direitos, liberdades e garantias consagrados Constituição, pela sua aplicabilidade directa, conduziria ao mesmo resultado, na proposta do artigo 47.º do Projecto do Centro de Direito da Família: «Todas as referências legais feitas à incapacidade por interdição ou inabilitação que não tenham sido objecto de alteração com a presente lei deverão ser interpretadas à luz dos princípios e normas equivalentes do regime da curatela, salvaguardando-se a presunção de plena capacidade jurídica da pessoa»

Esta técnica é, porém, insuficiente perante exigências constitucionais sobre os requisitos de restrição dos direitos, liberdades e garantias. Em particular a norma do internamento, do artigo 148.º, e a norma sobre a autorização para constituição do acompanhamento, do artigo 141.º, devem ser mediadas por um juízo jufundamental e constitucional. Não podemos admitir um sistema que erradique a premissa fundamental em que assenta: o acompanhamento não visa a substituição, antes o apoio (*assistência*, no sentido não estrito) para a formação de decisão e governo de interesses. Assim, a autorização, para efeitos do artigo 141.º, deve ser enquadrada processualmente como um incidente da instância constitutivo de um pressuposto processual necessário ao prosseguimento da acção. É uma decisão que deve ser autónoma e distinta, porque se trata de um pressuposto *sine qua non* de prosseguimento da acção de constituição de acompanhamento. Deverá ser qualificado, por isso, como um verdadeiro incidente pela sua estrutura e como meio de tutelar os direitos do beneficiário por respeito ao princípio da igualdade e autodeterminação. A decisão que dispense a autorização deve, assim, ser vista como decisão autónoma susceptível de recurso autónomo, nos termos do artigo 644.º, n.º 1 a) do Código de Processo Civil.

A respeito do internamento previsto no artigo 148.º, esta decisão dever ser vista como uma forma de controlo da actuação do acompanhante no exercício dos seus poderes adstritos aos cuidados de saúde e bem-estar. Não como um processo alternativo de execução de finalidades adstritas à lei de saúde mental.

Cabe ao leitor deste artigo sindicar e apreciar criticamente todas as propostas de interpretação do novo desenho legal. Todos nós caminhamos para a dependência e vulnerabilidade (ou já nos encontramos lá), pelo que todos somos potenciais destinatários deste novo regime e, independentemente da idade, deficiência ou condição médica, somos titulares de iguais direitos e deveres.

Por último, existem equívocos que devem ser desfeitos. A preocupação *geométrica* e *de nomenclatura* não deve tolher o intérprete e muito menos admitir que ele parta de pré-conceitos. Dizer que existem modelos regulamentares ou

instrumentais é partir de uma discussão e classificação estéril se não se tem em conta as soluções materiais. Aliás, não compreendemos o que se pretende com a qualificação de *modelos instrumentais*⁽¹⁰⁷⁾.

Basta ver a forma como na lei se consagram normas sobre restrição da liberdade do beneficiário sem concretizar os pressupostos que justificam a decisão do acompanhante e sem previsão de processo especial; a ausência de uma articulação do regime do Código Civil com a lei de saúde mental e dimensão de coordenação e acompanhamento contínuo; a falta de regulação de matérias sensíveis como a reserva da vida privada, o segredo e direitos reprodutivos, entre outros⁽¹⁰⁸⁾. A respeito dos direitos reprodutivos e planeamento familiar, a ausência uma regulação clara e precisa resvala para a vulnerabilidade do estatuto da pessoa maior. Manter intocado o artigo 142.º do Código Penal e não prever uma regra própria sobre os limites do acompanhante em matéria de saúde reprodutiva demonstra uma omissão grave na concretização de um sistema garantístico, em particular perante a preservação de representação *ex lege*⁽¹⁰⁹⁾ quando deveria ser o próprio modelo de acompanhamento a dar uma resposta clara a esta magna questão.

Vencida a espuma da torrente da novidade, os grandes desafios com que o aplicador se confronta são a constituição e recorte da medida, num primeiro

¹⁰⁷ Segundo o estudo legislativo Estudo legislativo, denominado «Da situação do maior acompanhado — estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores» (disponível no sítio no sítio do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público: www.smmp.pt) «Também instrumentais são o Projeto de Lei no 61/XIII (salvaguarda, tutela, curatela e tutela e curatela provisórias) e a Proposta do Centro de Direito da Família (curatela).»

¹⁰⁸ Desta feita, não podemos deixar de reparar que a colagem que se pretendeu é infundada, assim como mostra que o estudo legislativo pecou pela ausência de uma abordagem além de um único modelo que, como vimos, é também objecto de críticas. Logo, recuso a qualificação e consideração formulada por NUNO LUÍS LOPEZ RIBEIRO e a sua adesão acrítica ao «Estudo legislativo», *O maior acompanhado – Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto*, O Novo regime jurídico do maior acompanhado, [em linha] Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2019. consultado em 14 de Fevereiro de 2019. p. 76.

¹⁰⁹ Transcrevendo o artigo 142.º, n.º 5 do Código Penal: «5 - No caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos ou psiquicamente incapaz, respectiva e sucessivamente, conforme os casos, o consentimento é prestado pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral. »

momento, e a dinâmica da nova relação jurídica, num segundo. É necessário concretizar o feixe de vínculos emergentes da complexidade da relação, em especial o âmbito de competência da intervenção de cuidado pelo acompanhante. É no exercício dos poderes-deveres do acompanhante que os grandes desafios do instituto do maior acompanhado se irão colocar ao aplicador, em especial na necessidade de assegurar o exercício daqueles para inclusão do beneficiário no autogoverno dos seus interesses e afastar os riscos de subordinação do beneficiário à vontade do acompanhante.

A medida de acompanhamento, enquadrada num sistema mais amplo de salvaguarda de direitos e interesses da pessoa maior, assume uma dimensão pública inerente ao objecto da relação jurídica. Os direitos e interesses do beneficiário cumprem uma função de poder e de garantia que exige um acesso real a uma tutela jurisdicional efectiva, que garanta e promova os direitos fundamentais sem discriminação, e as interferências e intervenções na esfera jurídica jufundamental do beneficiário têm que estar previstas na lei e respeitar os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade em sentido amplo, delimitando, assim, os poderes funcionais do acompanhante.

Concluindo, o acompanhamento é um instrumento, um meio para a plena realização dos direitos e interesses do beneficiário. Não é um fim em si mesmo e deve ser visto como concretização infraconstitucional e supralegal dos direitos fundamentais consagrados da Constituição e Convenção das Nações Unidas (sem prejuízo da relevância da Convenção Europeia dos Direitos Humanos). O sistema, na sua visão global atenta a unidade da ordem jurídica, é garantia das liberdades e direitos do beneficiário, devendo o sistema do maior acompanhado assegurar a previsibilidade e não arbitrariedade da intervenção estadual e do acompanhante designado porque o sistema se constrói objectivamente a partir de uma intervenção restritiva. A interpretação das normas que protegem direitos tem que ser feita a partir da afirmação e promoção dos direitos fundamentais do beneficiário.

O sistema do maior acompanhado tem que se construir enquanto realização da garantia de liberdade de autodeterminação de interesses do beneficiário e tutela contra intervenções paternalistas e heterodeterminadas dos interesses daquele⁽¹¹⁰⁾. A não se alcançar este desiderato, a limitar-se a uma aplicação estritamente formalista ou adaptada de velhas práticas e métodos, estaremos a corporizar a privação de direitos civis de pessoas a quem o Estado tem uma obrigação fundamental de assegurar efectivamente a sua não discriminação e a concretização da sua plena dignidade.

Posto isto, o novo regime deve consagrar um estatuto de garantia e protecção dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência onde a distinção entre direito público e privado não é essencial⁽¹¹¹⁾. Devem estes ser vistos como duas faces da mesma moeda que, na garantia de harmonia interna do sistema, assegurem o pleno desenvolvimento e afirmação da pessoa com deficiência e não sirvam de fundamento de subalternização desta.

¹¹⁰ Cf. VOLKER LIPP. — Rechtliche Betreuung und das Recht auf Freiheit. BtPrax - Betreuungsrechtliche Praxis 2/2008, pp. 51-56, p. 56.

¹¹¹ GUIDO ALPA. — Diritto civile italiano. Due secoli di storia (Bologna: Il Mulino, 2018)pp.570-571.