

OS DIREITOS HUMANOS E O MAIOR (DES)ACOMPANHADO: CAUSAS E MEDIDAS DE CAPACITAÇÃO

JOAQUIM CORREIA GOMES

Resumo: o direito humano à capacidade jurídica vem potenciar o acompanhamento legal da pessoa maior, estabelecendo um paradigma deliberativo de apoio à discapacidade, dirigido às funcionalidades dessa pessoa (indivíduo + circunstâncias) e mediante a sua capacitação.

Palavras-chave: autonomia; capacidade jurídica; direitos humanos; discapacidade; maior acompanhado.

Abstract: *the human right to legal capacity enhances the legal accompaniment of the adult person, establishing a deliberative paradigm to support the disability, directed to the functionalities of that person (individual + circumstances) with a capability empowerment.*

Keywords: *autonomy; custodianship; disability; human rights; legal capacity.*

1. O DIREITO HUMANO À CAPACIDADE JURÍDICA

1.1. O reconhecimento da capacidade jurídica

A *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* (CDPD) das Nações Unidas de 2006 e nas palavras do seu Secretário-Geral “assinala um *marco*, representa um *desafio* e traduz uma *realidade*, tanto no presente como para o futuro”, surgindo como uma “plataforma de direitos e uma estratégia de inclusão”¹. Trata-se da primeira declaração de direitos humanos do século XXI, através da qual se vem implementar uma mudança de paradigma relativamente às deficiências e à envolvente discapacidade. A mesma configura um projeto de *inclusão jurídica*, deslocando as pessoas com discapacidade da periferia da lei, uma marginalidade jurídica comumente aceite pelos modelos de substituição (*v.g.*, interdição ou tutela), passando a centrar as mesmas numa plataforma de direitos, enquanto sujeitos (governando as suas vidas, *v.g.*, os seus interesses) e não como seus objetos (governadas por

¹ GUTERRES, António, *in* “Prefácio”, GOMES, Joaquim Correia; NETO, Luísa; VÍTOR, Paula Távora, *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência — Comentário*, Lisboa: INCM, 2020.

outros, v.g., os interesses do tutor), concedendo-se prioridade aos modelos de apoio, proporcionando-se a sua sustentabilidade, assente em quatro valores essenciais: dignidade, autonomia, igualdade e solidariedade².

A CDPD é, sem dúvida, a mais consistente resposta jurídica para aquilo que Martha Nussbaum colocava como um dos três grandes problemas contemporâneos não resolvidos para que se tenha uma sociedade decente³. Esta Convenção não vem estabelecer novos direitos, mas conceder uma maior e melhor densidade aos mesmos, não deixando de estabelecer um distinto alinhamento, proporcionando o seu refinamento e originando certas inovações⁴. Esse alinhamento vem consagrar um modelo de direitos que, mediante a sua incorporação doméstica, passa a ter as características de “hard law”, com um potencial enorme de afirmação e vinculação. Para o efeito, afasta-se das perspetivas estritamente médicas, dirigidas, essencialmente, para a reabilitação, suplantando ainda as perspetivas jurídicas confinadas na incapacidade, vocacionadas para a proteção, mas através da interdição de direitos. O seu refinamento vem propiciar específicas linhas de orientação, bem como uma grelha de dispositivos para a sua exequibilidade, de modo a estender os direitos humanos a todos os cidadãos, sendo um forte estímulo para que a justiça não tenha à partida excluídos, designadamente por razões da sua deficiência ou discapacidade. Mas a mais perturbante e sedutora inovação encontra-se no artigo 12.º da CDPD, através do reconhecimento da personalidade e capacidade jurídicas das pessoas com discapacidade em qualquer lugar e em condições de igualdade com as demais, em todas as situações da vida.

Este reconhecimento vem assinalar que personalidade e capacidade jurídicas são tendencialmente indivisíveis, porquanto sem esta, aquela praticamente não existe, de modo que o seu colapso conduz à “morte civil” ou, quando muito, a um “estado vegetativo jurídico” (12.º, n.ºs 1 e 2, CDPD). Mas vem, também, acentuar a necessidade de implementar medidas apropriadas, proporcionais e adaptadas às circunstâncias das pessoas (12.º, n.ºs 3 e 4, CDPD). E isto porque as aptidões pessoais são diferenciadas e mutáveis,

² QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia, *Human Rights and Disability — The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability*, Geneva: United Nations, 2002, p. 14.

³ NUSSBAUM, Martha C., *Frontiers of Justice — Disability, Nationality, Species Membership*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2007, pp. 14-18.

⁴ STEIN, Michael Ashley, “Disability Human Rights”, *California Law Review*, Vol. 95, 2007, pp. 75-121; DHANDA, Amita, “Construction a New Human Rights Lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, in *SUR — International Journal on Human Rights*, Ano 5, n.º 8, 2008, pp. 43-59; QUINN, Gerard “Disability and Human Rights: A New Field in the United Nations”, pp. 247-271, in KRAUSE, Catarina; SCHEININ, Martin (Editors), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, Turku: Åbo Akademi University, 2009, pp. 247-271; DEGENER, Theresia, “Disability in a Human Rights Context”, *Laws*, Vol. 5, n.º 3, 2016, pp. 2-24 e posteriormente em “A Human Rights Model of Disability”, in BLANCK, Peter; FLYNN, Eilionóir, *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights*, New York: Routledge, 2017, pp. 31-49.

tendo uma dinâmica e um reflexo distintos na formação e estruturação das suas competências individuais, não se resumindo à tradicional compreensão estática e binária entre capacidade, por um lado, e incapacidade, por outro lado. Tudo isto vai no sentido de que as medidas de apoio devem possibilitar a governação económica e financeira dos seus interesses (12.º, n.º 5, CDPD). Deste modo, o que está em causa com este artigo 12.º da CDPD é a preservação da autonomia pessoal, nas suas distintas modalidades, mas com destaque para a auto-governação (condições internas) e autodeterminação (condições externas)⁵.

Seguindo a máxima latina *quod abundat non nocet*, chamamos novamente a atenção de que a tradução para português da CDPD apresenta lamentáveis e ostensivos erros⁶. Quando tal acontece e fica afetado o sentido normativo da Convenção, impõe-se que se dê prevalência ao texto autenticado, observando-se para o efeito o artigo 33.º, n.º 1, da Convenção de Viena dos Tratados de 1969 (DR I-A, n.º 181, de 07/ago./2003)⁷. Tal sucede com a II parte do n.º 4 do artigo 12.º, conforme o seguinte quadro:

Texto oficial	Texto Diário República	Texto proposto
“Such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity respect the rights, will and preferences of the person , are free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the person’s circumstances, ...”	“Tais garantias asseguram que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica em relação aos direitos, vontade e preferências da pessoa , estão isentas de conflitos de interesses e de influências indevidas, são proporcionais e adaptadas às circunstâncias das pessoas, ...”	“Tais garantias devem assegurar que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica respeitam os direitos, vontades e preferências da pessoa , estão isentas de conflitos de interesses e de influências indevidas, são proporcionais e adaptadas às circunstâncias das pessoas, ...”

Mantendo este alinhamento, o Comité DPD elaborou o *Comentário Geral n.º 1 (2014)* sobre este artigo 12.º da Convenção, considerando relevante que se fizesse a distinção entre capacidade jurídica (i), enquanto aptidão de titularidade e exercício de direitos e deveres ou obrigações, e a capacidade mental (ii), mediante a qual se expressa as aptidões cognitivas ou a habilidade

⁵ GOMES, Joaquim Correia, “Autonomia e (in)capacidades: passado, presente e futuro”, in NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa, *Autonomia e Capacitação — Os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, Porto: Universidade do Porto, 2018, pp. 45-70 (55).

⁶ GOMES, Joaquim Correia, 2018, nota 5, pp. 65/66.

⁷ Neste segmento normativo preceitua-se que “Quando um tratado for autenticado em duas ou mais línguas, o seu texto faz fé em cada uma dessas línguas, salvo se o tratado dispuser ou as Partes acordarem que, em caso de divergência, prevalecerá um determinado texto”.

para uma pessoa tomar as suas decisões, sendo a mesma variável de pessoa para pessoa, dependendo ainda de diversos fatores (§ 13)⁸.

Podemos, ainda, convocar como tópicos interpretativos, mas agora a nível regional europeu, a Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa, que adotou “Os princípios respeitantes à proteção legal dos adultos incapazes” de 23/fev./1999, [Recomendação N.º R (99) 4], a Resolução do Comité de Ministros para a proteção dos adultos e crianças com incapacidade contra o abuso, de 02/fev./2005 [ResAP(2005)1] e do Conselho da Europa a Estratégia para a Discapacidade de 2017-2023 (3.4.) (*Disability Strategy 2017-2023*).

1.2. A justiça europeia dos direitos humanos

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) pode servir como sinalizador das linhas vermelhas que não podem ser ultrapassadas, mas também como um orientador persuasivo dos tribunais nacionais⁹. A propósito tem considerado que a privação da capacidade jurídica corresponde a uma interferência na “vida privada”, consagrada no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) — caso *Lashin c. Rússia*, de 22/abr./2013 (§ 77). Assim, no caso *Shtukaturov c. Rússia*, de 27/mar./2008, começou por anotar que a existência de uma doença mental (esquizofrenia), ainda que associada a comportamentos agressivos, atitudes negativas e a um estilo de vida “antissocial”, sem explicitar se a mesma impossibilita a compreensão da sua conduta em geral, assim como as suas possíveis consequências na vida diária (*v.g.*, saúde, financeira, etc.), não são suficientes para se decretar a incapacidade (§ 93). Mais constatou que os modelos legais que apenas reconhecem a “plena capacidade” e a “plena incapacidade” não permitem respostas flexíveis e ajustadas, como seja a “tailor-made response” — o tal “fato à medida” (§ 95). Por sua vez, no caso *X c. Croácia* de 01/dez./2008 (final), considerou que muito embora uma pessoa tenha uma esquizofrenia paranoide e esteja despojada da sua capacidade de agir, tal não significa que esteja automaticamente excluída dos procedimentos de adoção, com a subsequente quebra dos laços familiares, quando estes dizem respeito à sua filha (§ 53). No caso *Salontaji-Drobnjak c. Sérvia* de 13/jan./2010 (final), considerou que só são aceitáveis limitações à capacidade jurídica se estas, para além de estarem previstas na lei, perseguirem uma finalidade legítima, sendo necessárias para uma sociedade democrática, no sentido de serem proporcionais (§ 140). Deste modo, haverá violação da vida privada quando os meios empregues na restrição da capacidade jurídica forem desproporcionados, ainda que estejam previstos na lei (§ 144). No caso *Sýkora c. República Checa*, de 22/fev./2013, reforçou o posicionamento no sentido de estarem devidamente detalhadas e explicitadas quais as ações que o visado não compreende ou

⁸ Acessível em “<https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/gc.aspx>”.

⁹ Acessíveis em “<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/por&c=>”.

não controla e quais as suas consequências para a sua vida social, saúde, financeira, etc., (§ 103). No caso *Ivinović c. Croácia* de 18/set./2014, estava em causa uma pessoa com paralisia cerebral, deslocando-se numa cadeira de rodas, que tinha acumulado algumas dívidas (água e eletricidade, prestações da compra da casa, taxa de rádio e televisão), muito embora algumas das mesmas tivessem ocorrido quando esteve hospitalizada (§§ 9, 18). O tribunal com base em relatórios psiquiátricos decretou a sua “interdição parcial”, afastando a possibilidade de realização de negócios, assim como quaisquer outras decisões efetuadas de modo independente, designadamente quanto a tratamentos médicos (§ 16). A restrição da capacidade jurídica continuou a ser considerada como uma intromissão na vida privada, que só deveria ocorrer em circunstâncias excecionais (§ 38). Também chamou a atenção de que é aos juízes e não aos médicos que cabe decidir, balanceando os fatores relevantes, estabelecendo de modo proporcional as correspondentes medidas a decretar (§ 40). Constatou que não existe qualquer situação mediante a qual se pudesse afirmar que se descuraram os cuidados de saúde ou elucidativas das causas das dívidas (§§ 42, 43). Mais recentemente, no caso *A.-M.V. c. Finlândia* de 23/jun./2017, manteve a doutrina de que os Estados não têm apenas obrigações negativas de abstenção, mas, também, obrigações positivas de assegurar o respeito pela vida privada (§ 71), sendo a CDPD, assim como as anteriormente mencionadas fontes de “soft-law”, “instrumentos internacionais relevantes” para interpretar as garantias da CEDH (§ 74). No caso estava em causa o respeito pelas vontades e preferências de uma pessoa com capacidades diminuídas, tendo sido considerado que nessa avaliação deviam ser ponderadas as capacidades intelectuais, em conjugação com as demais circunstâncias envolventes (§§ 85).

2. O ACOMPANHAMENTO LEGAL: THE NIGHTMARE AND THE NOBLE DREAM

A Lei n.º 49/2018, de 14/ago. (DR I, n.º 156), veio, como se indica na sua epígrafe, “Cria[r] o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e inabilitação previstos no Código Civil, ...”. No entanto, o que temos no seu modelo de representação legal, mediante reenvio e não por via subsidiária, é a subsistência do regime da tutela (145.º, n.º 4, Código Civil), que não tem nada de modelo de apoio, mas tudo de modelo de substituição. Pois, como se sabe, a tutela é precisamente um dos meios para suprir o poder paternal, que tem como seus órgãos o tutor e o conselho de família (1924.º, n.º 1, Código Civil), cabendo àquele “os mesmos direitos e obrigações dos pais”, usando da “diligência de um bom pai de família” (1935.º, n.ºs 1 e 2, Código Civil).

Aliás, esta indisfarçável carga paternalista, está devidamente assinalada no padrão do exercício das funções do acompanhante legal, o qual deverá

“privilegia[r] o bem-estar e a recuperação do acompanhado”, atuando “com a diligência requerida a um bom pai de família” (146.º, n.º 1, Código Civil)”. A filosofia que está subjacente a este comando legal representa não só um equívoco, mas também induz em erro. As exigências do dever de cuidado de uma pessoa vulnerável, seja em virtude da sua deficiência, incapacidade, ancianidade ou decorrente de qualquer outra situação, passam, essencialmente, pelo apoio às valências mais frágeis e à ativação daquelas outras que ainda perduram. Será essa capacitação e inclusividade que dá sentido ao que Amartya Sen tem sustentado, ou seja, que bem-estar e agente autónomo estão indissolivelmente conexions¹⁰. Por outro lado, e sem ter preocupações em precisar as origens helénicas ou romanistas do dever de cuidado, diremos que a ética dos cuidados teve nos últimos tempos um impulso e refinamento feministas, bem como uma leitura assente na dignidade humana e na capacitação das pessoas com dependências, acentuando a promoção das suas competências e habilidades, em detrimento de uma visão passiva da sua condição de dependência¹¹. Pelo que associar o dever de cuidado ao bom pai de família é continuar a querer perpetuar aquilo que já não tem sentido e que a paternidade originária do *Code Civil des Français* até já abandonou, assumindo o padrão da pessoa razoável¹².

Nesta conformidade, a designação do “maior acompanhado” é, apenas, aparentemente nova, porquanto corremos o risco de continuar a ter um “maior tutelado” e submetido ao “bom pai de família”, que será o acompanhante legal, mantendo-se uma autêntica cultura jurídica de interdição de direitos — agora como dantes, mas com designações distintas. Estamos assim perante aquilo que pode ser um autêntico *eufemismo legal*: por um lado, é dogmaticamente erudito e linguisticamente apelativo; por outro lado e na prática, pode acabar por esconder os seus propósitos de preservar um modelo de substituição, como acontece com o regime da tutela. Este expediente foi devidamente caracterizado e apelidado na literatura política francófona, mas que aqui é jurídica, como “*langue de bois*” (“língua de madeira”)¹³.

¹⁰ SEN, Amartya, “Well-Being, Agency and Freedom: The Dewey Lectures 1984”, in *The Journal of Philosophy*, Vol. LXXXII, n.º 4, 1985, pp. 169-221 (220-221).

¹¹ REICH, Warren Thomas, “History of the Notion of Care”, in *Encyclopedia of Bioethics*, Revised Edition, New York: Simon & Schuster Macmillan, 1995, pp. 319-331; KITTAÏ, Eva Feder, “The Ethics of Care, Dependence, and Disability”, *Ratio Juris*, Vol. 24, n.º 1, 2011, pp. 49-58; HERRING, Jonathan, “The disability critique of care”, *Elder Law Review*, Ano 8, n.º 1, 2014, pp. 1-15.

¹² *Loi n.º 2014-873, du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes entre les femmes et les hommes*, artigo 26 em que “en bon père de famille” foi substituído por “raisonnablement”.

¹³ THOM, Françoise, *La langue de bois*, Paris: Julliard, 1987, pp. 9-11, caracteriza esta expressão pela sua falta ostensiva de conteúdo, sendo intencionalmente incompreensível, mediante a utilização comum de jargões, os quais seriam pretensamente galvanizadores, mas acabando por esconder a realidade e seguindo certos propósitos ideológicos, tomando como padrão o discurso dos tempos soviéticos. DELPORTE, Christian, *Une histoire de la langue de bois*, Paris: Flammarion, 2011, pp. 16-18, vai mais longe, situando as suas origens na antiguidade grega, considerando que o seu incremento ocorreu no período pós-1789.

O enunciado normativo central do regime jurídico do maior acompanhado (RJMA) encontra-se no artigo 138.º do Código Civil, sendo neste dispositivo que se indicam as causas de acompanhamento, estabelecendo os conceitos *pivot* para a sua operacionalidade. O mesmo corresponde a uma *norma completa ou autónoma*, já que integra uma descrição factual, estabelecendo uma consequência jurídica, ainda que esta seja genérica (“beneficia das medidas de acompanhamento”), havendo uma conexão entre ambas. A mesma é uma *norma-tipo* mediante uma “casuística das hipóteses legais” geradoras do acompanhamento da pessoa maior, estando determinada através da sua configuração factual ou *fattispecie*, estando longe de ser uma cláusula geral abstrata — aquelas são normas autossuficientes, estas são normas de reen-vio¹⁴. Porém, essa aparência factual é conseguida através de intensos conceitos indeterminados, apresentando um “núcleo conceitual” de cariz tendencialmente jurídico (“O maior impossibilitado, ..., de exercer plena, pessoal e conscientemente os seus direitos ou de, ..., cumprir os seus deveres”) e um perímetro conceitual descritivo, de pendor naturalístico (“por razões de saúde, deficiência ou pelo seu comportamento”) — ainda que o segundo possa ter conotações jurídicas, como adiante veremos.

Em virtude do RJMA ter como sua principal inspiração, ao nível do direito comparado, o germânico *rechtlichen Betreuung* (“assistência legal”), teremos presente o mesmo. Não tanto para se perceber o nível da intervenção cirúrgica do seu “transplante legal”¹⁵, mas antes para servir como prumo interpretativo do RJMA. Para o efeito, deixamos aqui transcrito o ainda vigente § 1896, 1 do BGB, a correspondente norma-tipo, o qual abrange “A pessoa maior que em razão de uma doença psíquica ou de uma deficiência física, intelectual ou mental, não consegue gerir, completa ou parcialmente, os seus interesses, ...”¹⁶.

As normas legais restritivas de direitos humanos e fundamentais, como sucede com a capacidade jurídica, enquanto dimensão da capacidade civil (12.º CDPD; 26.º, n.º 1, Constituição) devem ser claras nos seus propósitos, não se escondendo em conceitos intensamente indeterminados ou mesmo opacos, com um grau de indefinição acentuado. Essa vagueza pode gerar incompreensões, sendo suscetíveis de vícios de subjetividade e de abusos, num regime que vai limitar a capacidade de exercer direitos, o que, a nosso ver, é fortemente criticável, pois ficamos sujeitos àquele pendular

¹⁴ ENGISCH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, pp. 228 (tradução de *Einführung in das Juristische Denken*, Stuttgart: W. Kohlhammer, 1983); LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 310 (tradução de *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Heidelberg: Springer, 1991).

¹⁵ WATSON, Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, University of Virginia Press, 1974, foi quem cunhou esta designação.

¹⁶ No texto original consta que “Kann ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen, ...”.

dilema Hartiano entre “o pesadelo e os nobres sonhos”¹⁷. E essa incerteza e indefinição legislativas podem propiciar a insegurança da *práxis judiciária*, podendo até gerar o arbítrio judiciário. E nem aquela nem este são salutares num Estado de Direito Democrático. Assim, importa destringir as causas de acompanhamento, primeiro partindo das opções legislativas, para depois fazer a sua aferição a partir do artigo 12.º da CDPD, atenta a superioridade moral e jurídica dos direitos humanos em relação à lei ordinária.

3. AS CAUSAS SUBJETIVAS DO ACOMPANHAMENTO: UM OXIMORO LEGAL

A descrição normativa das causas subjetivas do acompanhamento deixa algumas nuvens interpretativas, designadamente quando menciona a *impossibilidade plena de exercício de direitos e cumprimento de deveres*, porquanto a sua literalidade tanto peca por excesso, como por defeito, gerando uma séria e perturbante indeterminação legal, como até contradições quanto ao seu âmbito normativo, sendo um *oximoro legal*.

3.1. A impossibilidade de exercer direitos ou cumprir deveres

O texto legal sugere indiciária e literalmente uma distinção entre exercício dos direitos, por um lado, e o cumprimento dos deveres, por outro lado, uma vez que o legislador utilizou entre ambas a conjunção disjuntiva *ou*, o que vai no sentido de estabelecer a sua aplicação de modo separado. Isto significa que uma pessoa pode estar impossibilitada de exercer os seus direitos e possibilitada de cumprir os seus deveres? Ou então o seu contrário? Por outro lado, a enunciação normativa não esclarece quais são os direitos e os deveres que estão aqui em causa. Será que são todos os direitos e deveres de uma pessoa? O “Estudo — Anteprojeto de Reforma” na sua anotação ao artigo 138.º nada diz sobre estas interrogações, limitando-se a mencionar que “O preceito, na sua aparente simplicidade, aproveita dois séculos de experiências históricas e comparatísticas”¹⁸.

O carácter disjuntivo entre o exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres começa por ser teoricamente discutível, porquanto se sustenta predominantemente a existência de correlação lógica e jurídica entre uns e outros

¹⁷ HART, H.L.A. “American jurisprudence through English eyes: The nightmare and the noble dream”, *Georgia Law Review*, Vol. 11, n.º 5, 1977, pp. 969-989.

¹⁸ “Da situação jurídica do maior acompanhado — Estudo de política legislativa relativo ao novo regime das denominadas incapacidades dos maiores”, seguido de “Anteprojeto de Reforma”, optando-se pelo diminutivo “Estudo — Anteprojeto de Reforma”, pp. 117/118, acedido em “<https://www.smmp.pt/wp-content/uploads/EstudoMenezes-CordeiroPinto-MonteiroMTS.pdf>”, a quem se deve a possibilidade de acesso e discussão sobre o mesmo, já que na ocasião não houve qualquer outra divulgação pública.

— quem tem um direito tem, também, um subseqüente dever e vice-versa¹⁹. No âmbito da capacidade jurídica essa dicotomia é por demais uma mera ficção, porquanto o que está em causa é a aptidão para uma pessoa tomar decisões consistentes de acordo com a sua livre vontade, tendo plena consciência das suas responsabilidades. Deste modo, não podemos cindir as aptidões e competências pessoais no âmbito das relações jurídicas consoante se tratem de direitos ou deveres, não sendo compreensível que uma pessoa tenha essas faculdades para exercer direitos, mas não tenha para cumprir os seus deveres ou inversamente. Deste modo, o binómio direitos/deveres é indissociável. Mas que direitos e deveres estão aqui em causa? Todos ou apenas certos e específicos direitos ou deveres? E esses deveres correspondem a obrigações?

O direito subjetivo tem o seu epicentro nos direitos constitucionais, onde se destacam os direitos fundamentais, mas tem o seu “ambiente natural” no âmbito do direito privado, onde sobressai a autonomia privada. Tentando precisar, podemos dizer que o direito subjetivo é uma posição normativa de domínio, surgindo, geralmente, como um poder substancial, conferindo ao seu titular uma situação favorável ou geradora de benefícios, pondo uns o seu acento tónico na vontade, enquanto outros o colocam no interesse²⁰.

Por sua vez, o dever jurídico tanto se pode revestir de características fundamentais, enquanto reverso da exigência dos direitos (humanos ou constitucionais), sendo comum anotarem-se nestas as necessidades básicas da vida em sociedade, como envolver-se de características legítimas, decorrentes da soberania estadual legislativa, ainda que possam emergir mediatamente das relações contratuais²¹. O dever jurídico corresponde, essencialmente, a uma posição de subordinação para quem se encontra nessa circunstância imperativa de sujeição, traduzindo uma situação jurídica de desvantagem para o seu destinatário²². Porém, existe quem, por razões genéticas, funcionais e

¹⁹ No sentido dessa plena correlatividade veja-se BENTHAM, Jeremy, *The Works*, Volume Three, John Bowring, 1816, p. 166; HOHFELD, Wesley Newcomb, *Fundamental legal Conceptions: as applied in judicial reasoning*, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2010 (1919), pp. 35-38; MAGNELL, Thomas, “The Correlativity of Rights and Duties”, *Journal Value Inquiry*, Vol. 45, n.º 1, 2011, pp. 1/12, sustentando um modelo transaccional; LYONS, David, “The Correlativity of Rights and Duties”, *Noûs*, Vol. 4.º, n.º 1, 1970, pp. 45-55, manifestou-se contra essa generalização.

²⁰ Na vasta literatura sobre esta matéria apenas salientamos DABIN, Jean, *Le droit subjectif*, Paris: Dalloz, 2008 (1952), pp. 56/80, sendo de referir que não fazemos deliberadamente qualquer referência às teorias negacionistas ou objetivistas. Veja-se ainda PINO, Giorgio, “Diritti soggettivi”, in PINO, Giorgio; SCHIAVELLO, Aldo; VILLA, Vittorio (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino: Giappichelli, 2013, pp. 220-235 (220); MOTTO, Alessandro, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino: Giappichelli, 2012, pp. 6/9 e 13, considera que esse poder substancial é mais vasto do que os designados direitos potestativos.

²¹ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, “Los deberes fundamentales”, *Revista Doxa*, 1987, n.º 4, pp. 329-341, com um estudo sobre as origens, conceito e conteúdo dos mesmos.

²² ROMANO, Bruno, *Il Dovere nel Diritto: Giustizia, Ugualianza, Interpretazione*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 175.

teleológicas, distingue o dever jurídico da obrigação em sentido técnico²³. Assim, o primeiro tem uma origem legal e é primordialmente genérico, prescrevendo uma limitação, enquanto a segunda tem uma nascente contratual, sendo, essencialmente, específica, impondo um determinado comportamento. Por sua vez, enquanto no dever os sujeitos são, à partida, indeterminados, na obrigação os sujeitos estão, desde logo, determinados, integrando a sua estrutura um sujeito ativo (credor), um sujeito passivo (devedor), tendo como objeto uma específica conduta (prestação), que pode resultar num fazer (*facere*), não fazer (*non facere*) ou dar (*dare*).

Essa distinção foi desde há muito assumida pela doutrina civilista nacional. A propósito, Antunes Varela considerava o dever jurídico como uma imposição do direito objetivo, mediante um comando ou injunção, de modo que seja observado um certo comportamento, ainda que este possa ser coercivamente assegurado²⁴. E a sua noção de obrigação era, essencialmente, em sentido técnico, sendo descrita como uma “relação jurídica por virtude da qual uma (ou mais) pessoa pode exigir de outra (ou outras) a realização de uma prestação”. Mas observava que a obrigação (sentido estrito) estava abrangida pelo dever jurídico (sentido amplo)²⁵. O Código Civil estabelece uma noção legal de obrigação, ao exprimir o seu conteúdo através do seu artigo 397.^{o26}, inexistindo, no entanto, uma noção legal de dever, muito embora seja fértil na sua enunciação. Seguindo esta linha indiferenciada, afigura-se-nos que o legislador do maior acompanhado não teve preocupações em deslindar entre deveres e obrigações, pelo que a referência à impossibilidade de “cumprir os seus deveres” deve ser atendida em sentido lato, abrangendo as obrigações em sentido técnico.

Como se pode constatar, a norma-tipo do maior acompanhado ao estabelecer o rastro jurídico das causas de acompanhamento legal tem uma vastidão imensa, abrangendo todos os direitos e deveres possíveis e imaginários respeitantes a uma pessoa maior. E esta amplitude do enunciado normativo no que concerne ao exercício dos direitos e cumprimento dos deveres merece sérias reservas, não apenas ao nível da sua construção normativa, mas, também, no que concerne à realidade social que a mesma pretende abranger. A ser assim, cabe perguntar se uma pessoa insolvente ou um dirigente de uma sociedade insolvente, que não cumpriu os seus deveres societários e sociais, está abrangido pelo RJMA? À partida e literalmente estaria na sua “rede de arrasto”. Daí que esse “oceano de direitos e deveres”

²³ HART, H. L. A., “Legal duty and obligation”, in *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 1982, pp. 125-132; FRANCESCHETTI, Paolo; MARASCA, Massimo, *Le Obbligazioni*, Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2008, p. 32.

²⁴ VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral, Volume I*, Coimbra: Almedina, 1989 (6.ª edição), pp. 51-54.

²⁵ VARELA, Antunes, ob. cit., nota 31, p. 62, nota 1.

²⁶ “Obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação”.

tenha já merecido algumas reticências por parte da doutrina, sugerindo-se que deve ser “compreendida com cautelas” ou, então, indo mais longe, sustentando que esta “potencial amplitude terá de ser temperada com o funcionamento do princípio da necessidade”²⁷. Seguindo este último alinhamento e complementando o mesmo, podemos estabelecer uma delimitação a montante, deixando o teste de proporcionalidade para jusante.

Assim, procurando uma certa harmonia e “unidade do sistema jurídico”, que é uma exigência legal (9.º, n.º 1, Código Civil), mormente a sua coerência, tanto narrativa, como normativa, iremos partir da norma que estabelece os efeitos da maioridade (130.º Código Civil), para aí encontrar a necessária inspiração delimitadora da norma-tipo do acompanhamento legal (138.º Código Civil). E isto porque esta (maior acompanhado) existe em função daquela (plena capacidade de exercício de direitos) e de ser sujeito de quaisquer relações jurídicas, tal como se expressa no artigo 67.º Código Civil (capacidade jurídica). Deste modo, diremos que o exercício de direitos e o cumprimento de deveres previstos neste último normativo devem ser aferidos em função do maior estar ou não “habilitado a reger a sua pessoa e a dispor dos seus bens”. E isto, apesar do legislador do regime jurídico do maior acompanhado ter expressamente abandonado a referência ao “governo da pessoa e dos seus bens”, afastando-se da semântica tradicional, e de não ter seguido a explicitação normativa do regime alemão da *Betreuung* — “não conseguem gerir, ..., os seus interesses, ...” (... *seine Angelegenheiten* ...). Para o efeito, a amplitude semântica decorrente da literalidade de direitos e deveres deve ter uma *leitura restritiva*, sob pena de estarmos a insuflar o regime jurídico do maior acompanhado com variantes espúrias à sua disciplina, hiperbolizando o significado de direitos e deveres. Em suma, estando em causa um instituto respeitante às pessoas maiores e dirigido à sua plena capacidade de exercício de direitos, o qual se atinge com a maioridade, temos necessariamente de confinar o rastreio jurídico do exercício de direitos e cumprimento de deveres do acompanhamento legal à capacidade jurídica da pessoa maior, mais precisamente ao governo da sua pessoa e bens.

3.2. A impossibilidade plena *versus* a impossibilidade parcial

Numa primeira leitura, tudo aponta no sentido de o legislador ter exclusivamente consagrado a impossibilidade plena e por três ordens de razões. A primeira, pela literalidade semântica do texto normativo ao mencionar “maior impossibilitado, ..., *de exercer plena, ...*” — sendo nosso o *itálico*, como dora-

²⁷ Na primeira alusão BARBOSA, Mafalda Miranda, *Maiores Acompanhados — Primeiras notas depois da aprovação da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto*, Coimbra: Gestlegal, 2018 (a), pp. 53/54; também em “Maiores acompanhados: da incapacidade à capacidade?”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa: Ano 78, 2018 (b), pp. 239/240; na segunda menção VITOR, Paula Távora, in PRATA, Ana, *Código Civil Anotado*, Coimbra: Almedina, 2019, p. 169.

vante. A segunda, em virtude de o Ministério da Justiça ter abandonado a Proposta do CDF²⁸, cuja norma-tipo do artigo 138.º, ao identificar os beneficiários da proteção, mencionava “Toda a pessoa maior ou emancipada que, em razão de *limitação ou alteração das suas faculdades mentais*, se encontre *diminuída na aptidão* para governar a sua pessoa e os seus bens ...”. A terceira, porque o RJMA afastou-se do regime alemão da *Betreuung*, não reproduzindo a passagem aqui pertinente e esclarecedora do § 1896, 1 do BGB, o qual se refere às pessoas maiores que “*não conseguem gerir, completa ou parcialmente*, os seus interesses, ...” (... *seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen* ...). Ora, o significado de pleno é integral, absoluto, não permitindo quaisquer aligeiramentos ou afrouxamentos, pelo que ficam excluídas da previsão legal da norma-tipo as situações de impossibilidade parcial.

Deste modo, depois daquela ostensiva abrangência, teríamos agora uma preocupante insuficiência. Basta, para o efeito, pensar nas pessoas anciãs que apresentam estados progressivos ou descontínuos de perda de qualidades neurológicas, numa situação decrescente de autonomia. E também naquelas outras com doença de Alzheimer, com estados cruzados e descontínuos de lucidez ou de falta desta, ou então com a doença de Parkinson, com eventuais repercussões cognitivas, as quais podem degenerar em perturbações psíquicas, mais ou menos acentuadas. Quanto a estes casos e outros semelhantes, não podemos afirmar que tais pessoas estão plenamente impossibilitadas de exercer os seus direitos ou cumprir os seus deveres. As mesmas apenas estão, em certos momentos e em distintos níveis, parcialmente estorvadas de o fazer. Então para que serve o regime do maior acompanhado para as pessoas impossibilitadas parcialmente? Ficam as mesmas sujeitas à sua sorte, passando a ser pessoas desacompanhadas?

A opção legislativa pela consagração exclusiva da impossibilidade plena causa bastante perplexidade e mesmo incredibilidade, por cinco razões essenciais. A primeira em virtude de se manter fiel ao conceito bipolar de capacidade/incapacidade que foi consagrado pelo Código Civil de Seabra de 1867 e perpassou para o Código Civil de 1966. Assim, acabou por prevalecer uma ideia de autocracia em vez de autonomia, numa visão radical de capacidade, ou se tem ou não se tem, quando a realidade demonstra precisamente o contrário. E isto porque a autonomia é relacional, tendo uma natureza dinâmica, enquanto a capacidade é assimétrica, sendo ambas diferenciadas e com variáveis distintas²⁹. A segunda advém de não ter tido minimamente em atenção as evoluções legislativas ao nível do direito comparado que foram

²⁸ “Proposta de Lei sobre a Condição Jurídica das Pessoas Maiores em Situação de Incapacidade. Revisão do Código Civil” elaborada no âmbito do Centro de Direito da Família, da FDUC, que designaremos como “Proposta do CDF”, acessível em “<http://www.centrodedireitodafamilia.org/relatórios/2017/>” proposta-de-lei-sobre-condição-jur%C3%ADdica-das-pessoas-maiores-em-situação-de”.

²⁹ QUINN, Gerard, “An Ideas Paper on Legal Capacity”, *Disability*, European Foundation Center, Brussels, 2009, p. 13, em: “<http://www.efc.be/Networking/InterestGroupsAndFora/.../EFCGQfinal.doc>”.

catapultadas a partir de 1968, inicialmente mais tímidas e ultimamente mais ousadas, assim como a literatura contemporânea que tem na sua base um conceito dinâmico de capacidade e flexível de discapacidade. A terceira fica até exponenciada pelas consequências práticas a que pode conduzir esta conceção binária da capacidade, porquanto se corre o risco de com esta propalada reforma se vir a manter, na prática e apenas, o modelo conducente à representação legal através da tutela. A quarta advém da existência de disfunções parciais decorrentes de certas vulnerabilidades, as referidas situações intermitentes de ausência de lucidez, as quais necessitam de medidas de apoio e não de abandono, como seja, por exemplo, a implementação de decisões conjuntas por parte da pessoa maior e do acompanhante ou de simples consulta prévia. A quinta sobrevém da previsão legal de diversas modalidades de acompanhamento, enunciadas no artigo 145.º, n.º 2, do Código Civil, as quais parecem apontar para a existência de diferenciados modelos de apoio, aos quais estão subjacentes distintas impossibilidades parciais. A título de exemplo encontramos, entre outras, a representação geral *versus* a representação especial (alínea *b*)), a administração total *versus* parcial de bens (alínea *c*)), bem como “Intervenções de outro tipo, devidamente explicadas” (alínea *e*)). Ora, estas medidas de apoio fragmentárias só fazem sentido se a situação de impossibilidade for apenas parcial, porquanto, se for plena ou absoluta, seguir-se-á uma medida de apoio total.

A ser assim, ficamos muito longe dos propósitos de preservar a autonomia pessoal, tanto mais que esta é essencialmente relacional e tem diversos níveis, sendo funcionalmente dinâmica e flexível, daí falar-se em “relações de autonomia” (*relations of autonomy*)³⁰. E isto porque foi patente o propósito de abranger, ainda que atalhoadamente, tudo e mais alguma coisa na descrição dos enunciados normativos, naturalmente com o propósito louvável de criar um “escudo protetor” para as pessoas com incapacidades plenas ou absolutas. Mas acabou por “abrir-se uma fenda” nesse escudo, restringindo-se o âmbito da norma e deixando de fora as pessoas vulneráveis com diminuições da capacidade não absolutas. Parece que remontamos aos primórdios do Código Civil de Seabra de 1867, que apenas conhecia a interdição total, num grave retrocesso jurídico e civilizacional³¹. E não se diga que a previsão do mais abrange o menos, de modo a sustentar-se uma interpretação extensiva ou *ad majorem* da norma-tipo do acompanhamento legal, pois estamos no âmbito da restrição do direito fundamental à capacidade civil, que abrange a

³⁰ NEDELSKY, Jennifer, *Law's Relations — A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 46. Sobre a teoria da autonomia relacional veja-se MACKENZIE, Catriona, STOLJAR, Natalie, “Introduction — Autonomy Refigured”, in MACKENZIE, Catriona, STOLJAR, Natalie, *Relational Autonomy — Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*, Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 3-31; MACKENZIE, Catriona, “Relational Autonomy, Normative Authority and Perfectionism”, *Journal of Social Philosophy*, Vol. 39, n.º 4, 2008, pp. 512-533.

³¹ A interdição parcial apenas foi introduzida com a Reforma de 1930, através do Decreto n.º 19.126, de 16/dez..

capacidade jurídica (26.º, n.º 1, Constituição). Assim, a sua restrição tem de estar expressamente prevista na Constituição (18.º, n.º 2, Constituição) e nos “casos e termos previstos na lei” (26.º, n.º 4, Constituição) — é nosso o itálico —, não existindo, para o efeito, uma “carta branca” para o legislador, porquanto existem parâmetros constitucionais.³² Daí que, seguindo a conhecida terminologia “monografiana” de Jeremy Bentham, estejamos perante uma imprecisão descritiva, tanto primária, como secundária, que é característica das técnicas legislativas racionalmente deficitárias³³.

Será que temos então uma *lacuna jurídico-legislativa pensada* de não inserir as impossibilidades parciais na regulação jurídica das capacidades? Tal sucede, segundo Karl Engisch, quando estamos perante uma “lacuna de *lege ferenda*” e esta não pode ser juridicamente colmatada, gerando um “espaço ajurídico”, porquanto essa possibilidade de sair do vazio provocada pela fenda legislativa está apenas dirigida para a designada “lacuna *lege lata*”³⁴. No entanto, este espaço “ajurídico” não deve ser unicamente dirigido e perccionado para a disciplina jurídica onde se insere o texto legal em causa, mas a todo o ordenamento jurídico, de modo a dizer-se que foi absolutamente não previsto e não apenas relativamente³⁵. Assim, só perante aquela *ausência regulativa total* é que se pode falar num *espaço totalmente ajurídico*.

A nosso ver e a propósito, temos de ter em atenção o artigo 12.º da CDPD, mais precisamente o seu n.º 3, segundo o qual “Os Estados Partes tomam medidas apropriadas para providenciar acesso às pessoas com deficiência ao apoio que possam necessitar no exercício da sua capacidade jurídica”. Como se pode constatar, este enunciado normativo regula, igualmente, as situações das aqui designadas “pessoas com deficiência” em geral, não se restringindo aos casos de “incapacidade absoluta”, quando estas necessitam de medidas de apoio apropriadas, que podem ter distintos níveis. A ser assim, não existe aquele espaço totalmente ajurídico, para além de existir um comando supralegal ou para-constitucional exigindo a implementação dessas medidas de apoio. Pelo menos, o n.º 3 deste artigo 12.º da CDPD propicia um “efeito interpretativo indireto”, de modo a conferir uma maior consistência à capacidade jurídica e às medidas de apoio no âmbito do direito doméstico³⁶.

³² GOMES, Joaquim Correia, “Constitucionalismo, deficiência mental e incapacidade: um apelo aos direitos”, in *Julgare*, n.º 29, 2016, pp. 119-151 (140).

³³ BENTHAM, Jeremy, “Nomography, or the Art of Inditing Laws”, in *The Works of Jeremy Bentham*, Vol. III, Edinburgh: Simpkin, Marshall, & Co., 1843, pp. 231-283, distinguindo as imperfeições primárias (falta de cognoscibilidade, ambiguidade, obscuridade, demasiado volume), das imperfeições secundárias (inconstância, mutabilidade das importações, redundâncias, emaranhamento, complexidade, nudez ou vazio das expressões, inapropriado ordenamento, colocação desordenada) (pp. 247-269).

³⁴ ENGISCH, Karl, ob. cit., 1988 (nota 14), pp. 281-282.

³⁵ Neste sentido BELVEDERE, Andrea, *Scritti Giuridici, Volume I - Linguaggio e Metodo Giuridico*, Milano: Wolters Kluwer/CEDAM, 2016, p. 525.

³⁶ Neste sentido WADDINGTON, Lisa, “The Domestication of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Domestic Legal Status of the CRPD and Relevance for Courts

Aplainando considerações, podemos, ainda, invocar que, sendo uma norma internacional de direitos humanos, a mesma estabelece certas obrigações aos Estados-Parte em duas vertentes: i) assegurar, através de medidas efetivas de apoio, o exercício da capacidade jurídica (obrigações positivas); ii) garantir o respeito pelo exercício do direito à capacidade jurídica, abstendo-se de interferências desnecessárias ou arbitrárias (obrigações negativas) — a primeira está expressamente referenciada, enquanto a segunda surge de modo implícito³⁷. O TEDH tem vindo a expressar-se neste sentido, como sucede com o pioneiro caso *Airey v. Irlanda*, de 09/out./1979 (§ 33) e logo no âmbito da vida privada, tendo, mais recentemente, estabelecido esse enfoque nas pessoas com incapacidade e na capacidade jurídica em particular, como sucedeu nos casos *A. N. v. Lituânia* de 31/mai./2016 (§§ 126 a 128) e no já referido *A.-M.V. c. Finlândia* de 23/jun./2017 (§ 71). A propósito, tem sido, ainda, referida a existência de “obrigações positivas de dimensão social” (*positive obligations of a social dimension*), designadamente na vertente de implementação dos direitos humanos na realidade social, exigindo-se para o efeito uma intervenção legislativa a nível do direito nacional, de modo ao seu reconhecimento e à sua efetivação³⁸.

Assim, estando em causa os direitos humanos, essa vinculação acaba por ser mais escrupulosa, gerando como que um duplo efeito: i) a proteção essencial destes direitos, mormente quando a lei nacional falha nessa vertente; ii) o controlo dos efeitos do tratado, de modo a preservar tais direitos³⁹. Sem dúvida que a relevância essencial da eficácia direta de uma norma de direito internacional passa pela “novação da obrigação” assumida pelo Estado, mas também pode acabar por gerar a inoponibilidade das normas de direito interno que lhe sejam contrárias⁴⁰. Deste modo, quando o legislador doméstico se ausenta para “parte incerta”, como se estivesse “desaparecido em combate” (pelos direitos humanos), não observando as obrigações estaduais internacionalmente assumidas, os tribunais acabam por estar legitimados a intervir. A propósito, a Comissão de Veneza tem “sugerido” uma “interpretação harmoniosa” (*harmonising interpretation*), quando estamos perante algumas discrepâncias normativas entre os direitos humanos internacionais e o direito

Judgements”, in WADDINGTON, Lisa; LAWSON, Anna (Edited by), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice: A comparative analysis of the role of courts*, Oxford: Oxford University Press, 2018, pp. 548/9.

³⁷ SHELTON, Dinah; GOULD, Ariel, “Positive and Negative Obligations”, in SHELTON, Dinah, *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 562-563, sobre estas dimensões em geral.

³⁸ DRÖGE, Cordula, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin: Springer, 2003, pp. 136-137 refere-se precisamente à “soziale Dimension der positiven Verpflichtungen” e à sua potencialidade operante a partir do artigo 8.º da CEDH.

³⁹ NOLLKAEMPER, André, “The Duality of Direct Effect of International Law”, *The European Journal of International Law*, Vol. 25, No. 1, 2014, pp. 105-125.

⁴⁰ MEERSCH, W. J. Ganshof van der, “La regle d’application directe — Conclusions”, *Revue belge de droit international* - RBDI, 1980, n.º 2, p. 346.

doméstico, mormente quando neste se consagra um sistema monista, como sucede entre nós (8.º Constituição)⁴¹.

Em suma, a compreensão do direito humano à capacidade jurídica, na vertente de implementação de sistemas de apoio e perante a constatação da falta de previsão legislativa nacional relativamente às situações de impossibilidade parcial, quando existe uma obrigação positiva do Estado Português nesse sentido, confere aos tribunais nacionais a necessária legitimidade para avançarem no sentido de uma interpretação dinâmica ou criativa do artigo 138.º do Código Civil, orientando esta norma a partir do artigo 12.º, n.º 3, da CDPD. Deste modo, a previsão legal do “maior impossibilitado, ..., de exercer plena” deve ser complementada com a leitura jurídica de “exercer plena ou parcialmente”, tornando aquela norma-tipo compatível com o direito humano à capacidade jurídica.

4. AS CAUSAS OBJETIVAS DO ACOMPANHAMENTO: O LABIRINTO TRIÁDICO

As causas objetivas reconduzem-se à saúde, deficiência e comportamento, sendo as mesmas não apenas o pressuposto, mas também a fronteira que delimita a implementação de qualquer medida de acompanhamento legal, revelando-se as mesmas como taxativas. Trata-se de causas disjuntivas, pelo que basta a verificação de apenas uma delas para que um dos requisitos objetivos esteja preenchido.

O RJMA abandonou a tipologia do Código Civil de 1966, designadamente as circunstâncias gerais das incapacidades (anomalia psíquica, surdez-mudez e cegueira) e as específicas de inabilidade (habitual prodigalidade, o abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes). Mas, também, não seguiu o regime alemão da *Betreuung*, o qual incide numa dupla de circunstâncias, a doença psíquica (i) e a deficiência (ii), podendo esta ser física, intelectual ou mental (§ 1896 BGB). Deste modo e mais uma vez, houve um nítido intuito de uma maior abrangência quanto à realidade social a possibilitar um acompanhamento legal, deixando-se um *campo aberto de causas*, abandonando-se aquelas certas ou específicas, substituindo-as por outras mais genéricas.

A proposta do CDF centrava-se numa causa única, que seria “em razão de limitação ou alteração das suas faculdades mentais”, com o intuito de salvaguardar os interesses próprios da pessoa maior beneficiária que se encontrasse nessa situação⁴². O referido “Estudo — Anteprojeto de Reforma” avançava duas causas, mais precisamente a saúde e o comportamento, enunciando que através destas pretendia-se essencialmente “... evita[r] referir

⁴¹ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Report on the Implementation on International Human Rights Treaties in Domestic Law and the Role of Courts*, 100th plenary session, 10/11 outubro de 2014, p. 34.

⁴² Proposta do CDF, 2017, p. 21, § 38, p. 43.

anomalias psíquicas, surdez-mudez e cegueira”⁴³. A menção a “deficiência” surgiu no decurso da discussão parlamentar antecedente à aprovação do diploma. Na ocasião constatou-se a vacuidade da proposta governamental, que subscrevia o “Estudo — Anteprojeto de Reforma”, ficando-se, por isso, pela “saúde” e “comportamento”, começando-se por propor como terceira causa a “incapacidade”, que em virtude de ser considerada estigmatizante, foi substituída por “deficiência”⁴⁴.

A doutrina que se expressou até ao momento, e como em todas as leituras jurídicas, foi apologética, deixando para a jurisprudência o afinamento destas causas, ou então crítica, registando esta desmesurada amplitude e a possibilidade de abarcar realidades estranhas⁴⁵. Seguimos este último posicionamento, tanto mais que as causas objetivas acabam por representar um labirinto triádico, e merecem uma leitura atenta, sob pena de se cair nessas realidades alienígenas ou então esotéricas, por estarem camufladas.

4.1. As causas de saúde

A saúde corresponde a um conceito indeterminado, com raízes empíricas e características descritivas. Para o efeito devemos começar por precisar a sua origem terminológica, confrontando-o com o conceito de doença.

A etimologia da palavra saúde está no latim *salus*, com o significado vulgar daquele que tem um estado são, apresentando robustez, vigor, evidenciando uma situação de funcionamento normal dos órgãos do corpo humano, não existindo doença ou enfermidade⁴⁶. Por sua vez, encontramos a origem da palavra doença no latim *dolentia*, com o significado literal de dor, sendo considerada como um estado de falta ou alteração da saúde, revelando uma

⁴³ “Estudo — Anteprojeto de Reforma”, p. 118.

⁴⁴ DAR, II-A, n.º 141, pp. 98 e 105.

⁴⁵ No primeiro sentido MIRANDA BARBOSA, Mafalda, ob. cit., 2018 (a), nota 27, p. 54, ao reconhecer essa “formulação ampla”, mas que a mesma concede uma “margem ao julgador para cumprir as finalidades normativas do regime em função das especificidades dos casos com que se depare”; PINTO MONTEIRO, António, “Das incapacidades ao maior acompanhado — Breve Apresentação da Lei n.º 49/2018”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 148.º, n.º 4013, nov./dez. 2018, p. 80, sustentando que essa “formulação ampla” afasta-se da anterior “posição fechada” da interdição/inabilitação, permitindo que “às medidas de acompanhamento cabem as pessoas idosas e/ou doentes”; MOREIRA, Sónia, “A reforma do regime das incapacidades: o maior acompanhado”, in *Temas de Direito e Bioética*, Vol. 1 — Novas questões do Direito da Saúde, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018, pp. 229-230, considerando tratar-se de uma “formulação menos rígida e mais adequada”, podendo abarcar as pessoas que vão perdendo a capacidade em razão da idade, como a dependência de jogos e a adesão a seitas ilegais com práticas perigosas para o próprio corpo, aderindo integralmente às propostas do “Estudo — Anteprojeto de Reforma”; no segundo sentido e como se fosse uma voz isolada, VÍTOR, Paula Távora, ob. cit. 2019, p. 168, alertando para “o risco de abarcar não só os anteriores fundamentos da interdição e da inabilitação, como realidades que devem ser estranhas a figuras da índole do acompanhamento”.

⁴⁶ MACHADO, José Pedro, *Dicionário da Língua Portuguesa*, Lisboa: Livraria Didáctica, 1960, p. 580.

irregularidade das funções orgânicas, apresentando uma situação de enfermidade, moléstia⁴⁷. Como se pode constatar, saúde e doença são antónimos e não sinónimos, pelo que não entendemos como é que o legislador nacional introduziu aquele primeiro conceito em detrimento do segundo, como causa objetiva de acompanhamento legal. E isto porque quem está de saúde não necessita de qualquer tipo de medida de acompanhamento legal — pode necessitar de outros acompanhamentos ou apoios, mas daquelas medidas é que não. Assim, corremos o risco de estar perante um conceito empírico que no âmbito do programa normativo do acompanhamento legal é juridicamente irrelevante. Tanto mais que o legislador nacional não seguiu o exemplo do legislador alemão da *Betreuung*, pois este refere-se a doença (*Krankheit*). Mas vejamos alguns dos contributos de referência mais recentes, os quais podem possibilitar uma noção de saúde e perceber a racionalidade desta opção legislativa.

O conceito de saúde, na sua vertente pessoal e enquanto conceção individual, encontra-se mergulhado numa densa controvérsia, pois tanto se pode ter uma perspetiva naturalista (funções do organismo), com versões instrumentais (objetivos, estatísticos), como uma perspetiva normativa (critérios), surgindo outros mais construtivistas (interesses humanos, processo biológico) ou dialéticos (organismo e interesses humanos)⁴⁸. Mas, tomando como referência a Organização Mundial de Saúde (OMS), encontramos referido no seu preâmbulo constitutivo de 1946 (§ 1) que a saúde é um “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”. Apesar das críticas a este conceito, considerado como sendo inteiramente hedonístico, surgindo mais como um ideal do que uma realidade, podendo, por isso, ser inoperacional, o mesmo integra três elementos essenciais⁴⁹. O elemento físico corresponde à funcionalidade fisiológica ou biológica do corpo humano, sendo talvez o mais frequente critério biomédico para determinar o bem-estar que envolve a saúde. O elemento mental abrange o estado psíquico, neurológico, sensorial e intelectual de uma pessoa. O elemento social representa a aptidão comportamental humana, desde o interagir na sociedade até à sua dimensão espiritual. Assim e apesar de o conceito de saúde ser um autêntico enigma, podemos ter uma dimensão

⁴⁷ MACHADO, José Pedro, ob. cit. 1960, p. 265.

⁴⁸ BOORSE, Christhofer, “Health as a Theoretical Concept”, *Philosophy of Science*, vol. 44, n. 4, 1977, pp. 542-573; KOVÁCS, József, “The concept of health and disease”, *Medicine, Health Care and Philosophy*, Vol. 1, 1998, pp. 31-39, sugerindo “reasonable social norms”; HOFMANN, Björn, 2002, “On the Triad Disease, Illness and Sickness”, in *Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 27, n. 6, pp. 651-673; BIRCHER, Johannes, “Towards a dynamic definition of health and disease”, *Medicine, Health Care and Philosophy*, n. 8, 2005, pp. 335-341; LAW, Lain; WIDDOWS, Heather, “Conceptualising Health: Insights from Capability Approach”, *Health Care Analysis*, Vol. 16, N. 4, 2008, pp. 303-314. Entre nós, veja-se LOUREIRO, João Carlos, “Aegrotationis Medicinam Ab lure Peto? Notas sobre a saúde, a doença e o direito”, in *Cadernos de Bioética*, n.º 25, abril 2001, pp. 19-53, referindo-se às dificuldades de encontrar essa noção, propondo que esta seja multidimensional (22-27).

⁴⁹ AMZAT, Jimoh; RAZUM, Oliver; *Medical Sociology in Africa*, Heidelberg: Springer, 2014, p. 22.

negativa, no sentido de ausência de doença, assim como uma dimensão positiva, assegurando-se os mínimos de bem-estar físico, mental e social, nas distintas multifuncionalidades do corpo humano. Deste modo, a saúde é nitidamente um bem pessoal, sendo fundamental para a condição humana.

Após este breve deslindar sobre o conceito de saúde, continuamos sem saber qual a sua relevância e operacionalidade como causa objetiva do acompanhamento legal. Mas vamos prosseguir, começando por seguir um conceito relacional de saúde, o qual é, essencialmente, empírico e, como tal, não jurídico, embora tenha, entre outras, implicações sociais, económicas e, também, jurídicas. Assim, começamos por constatar que o legislador foi desajeitado na enunciação desta causa objetiva, porquanto certamente queria referir-se à privação ou escassez de saúde, ou seja, à doença. E não propriamente a toda a doença, mas àquela que influencia a capacidade jurídica de uma pessoa, o exercício dos seus direitos e cumprimentos dos seus deveres. E isso passa pela sua livre vontade, enquanto agente autónomo de governar e autodeterminar a sua vida, de acordo com os seus desejos e desígnios. Desde modo e fazendo uma interpretação consentânea com o âmbito e o programa da norma, os quais estão inseridos na regulação da capacidade jurídica, sendo este o horizonte do contexto jurídico que pretende ser disciplinado, a alusão a saúde deve ser referenciada à *ausência de saúde*, mais precisamente da saúde mental, nas suas variantes psíquica, cognitiva, neurológica e emocional.

4.2. As causas de deficiência

A deficiência muito embora seja um conceito empírico, tem tido ultimamente um lastro de reconhecimento, seja constitucional, mediante a referência aos “cidadãos portadoras de deficiência” (71.º Constituição), bem como legal, do qual destacamos a “pessoa com deficiência” sinalizada no artigo 2.º⁵⁰ na Lei n.º 38/2004, de 18 ago. (DR I-A, n.º 194), que vem definir as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência.

A CDPD, através da alínea e) do seu preâmbulo e sem apresentar uma noção, estabelece uma melhor aproximação a este conceito, fazendo-o do seguinte modo: “Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com incapacidades e barreiras comportamentais e ambientais que impedem a sua participação plena e efetiva na sociedade em condições de igualdade com as outras pessoas;”

⁵⁰ No seu artigo 2.º “Considera-se pessoa com deficiência aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de funções ou de estruturas do corpo, incluindo as funções psicológicas, apresente dificuldades específicas susceptíveis de, em conjugação com os factores do meio, lhe limitar ou dificultar a actividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas.”

Mas esta tradução, mais uma vez, não é correta, impondo-se novamente o apelo ao artigo 33.º, n.º 1, da Convenção de Viena dos Tratados de 1969, restaurando-se o texto autenticado, bastando confrontar os textos oficiais em inglês e em espanhol⁵¹:

Texto oficial em inglês	Texto oficial em espanhol	Texto proposto
“Recognizing that disability is an evolving concept and that disability results from the interaction between persons with impairments and attitudinal and environmental barriers that hinders their full and effective participation in society on an equal basis with others;	“Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”	“Reconhecendo que a discapacidade é um conceito em evolução e que a discapacidade resulta da interação entre pessoas com deficiências e barreiras comportamentais e ambientais que impedem a sua participação plena e efetiva na sociedade em condições de igualdade com as outras pessoas”

Este conceito representa a assimilação do conceito biopsicossocial introduzido pela OMS com a *International Classification of Functioning, Disability and Health* (ICF) de 2001⁵². Esta centrou a sua classificação na perspetiva do indivíduo e da sociedade, a partir das funções e estrutura do corpo (1), bem como na sua atividade e participação (2). Para o efeito a *funcionalidade* surgiu como um termo abrangente de todas as funções do corpo — físicas, sensoriais, psíquicas —, relacionando-as com as suas atividades e participações. Mas enumera, igualmente, uma *lista de fatores ambientais* que interagem com tais dimensões individuais. Daí que a *discapacidade* tenha surgido nessa ocasião como um *conceito envolvente*, abrangendo tanto as deficiências propriamente ditas, como as limitações de atividade e restrições de participação. Será de referir que a ICF procedeu à revisão da anterior *International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps* (ICIDH) de 1980, que estava centrada no modelo médico-reabilitador da deficiência, abandonando os seus padrões⁵³.

⁵¹ Seguimos a nossa anotação ao preâmbulo, in GOMES, Joaquim Correia; NETO, Luísa; VÍTOR, Paula Távora, *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência — Comentário*, Lisboa: INCM, 2020.

⁵² BICKENBACH, “The International Classification of Functioning, Disability and Health and its relationship to disability studies”, in WATSON, Nick; ROULSTONE, Alan; THOMAS, Carol, *Routledge Handbook of Disability Studies*, London: Routledge, 2012, pp. 51-66.

⁵³ Apesar deste abandono, BARBOSA, Mafalda Miranda, ob. cit. 2018 (a), nota 27, p. 55, nota 60, continua apenas a ancorar-se na ICIDH (1980), não dando qualquer relevância à ICF (2001).

Em suma, a deficiência, só por si, apenas exprime uma *funcionalidade biológica*, enquanto a incapacidade expõe a relevância dessas limitações no âmbito da sua *funcionalidade social*, pois esta é acentuada pelas mais diversas barreiras económicas, culturais, sociais e ambientais. Mas, também, aquela deficiência pode suscitar outras habilidades e aptidões, proporcionando uma *funcionalidade diversa*. E não existe qualquer obstáculo linguístico e, muito menos, jurídico para a aceitação do termo incapacidade⁵⁴. Daí que a causa de deficiência do acompanhamento legal tenha a sua leitura harmoniosa com a aproximação à incapacidade sugerida pela CDPD.

4.3. As causas de comportamento

O comportamento tem um papel central em qualquer ordenamento jurídico, em virtude da vida em sociedade corresponder a uma comunidade de indivíduos, induzindo condutas de interação. “A vida em comum dos seres humanos” (*The living together of human beings*), como referia Hans Kelsen, acaba por transformar um fenómeno biológico num fenómeno social e revelar-se, acrescentamos nós, como um fenómeno jurídico⁵⁵. A propósito e nesta mesma perspetiva tem sido ultimamente referenciado que “A lei é um sistema de comportamentos” (*Law is a behavioral system*), mormente através da sua regulação⁵⁶. Mas a relevância do comportamento não é sempre a mesma, variando de acordo com o regime jurídico que está em causa, emergindo a conduta humana e a sua regulação de acordo com as suas diferenciadas funções sociais, surgindo, por isso, distintas técnicas legislativas, umas conferindo vantagens, outras desvantagens⁵⁷. Por exemplo, a imputabilidade do comportamento em razão da idade no Direito Penal é a partir dos 16 anos de idade (19.º Código Civil), enquanto no Direito Civil e no âmbito da responsabilidade extracontratual é desde os 7 anos de idade (488.º, n.º 2, Código Civil).

O comportamento, enquanto conduta humana, pode ter distintas incidências ou perspetivas, como a biológica, psicológica, económica, médica, sociológica, antropológica, jurídica e outras, sendo, por isso, um conceito multifacetado. A influência do comportamento no mundo do Direito tem vindo a ser testada através de análises económicas, de modo a perceber a tomada de decisões, por um lado, assim como a compreensão e o alcance das normas jurídicas, por outro lado. O seu iniciático estudo incidiu nos efeitos danosos

⁵⁴ GOMES, Joaquim Correia, ob. cit. 2016, nota 32, p. 122.

⁵⁵ KELSEN, Hans, “The Law as a specific social technique”, *The University of Chicago Law Review*, Volume 9, n.º 5, 1941, pp. 75-97.

⁵⁶ ULEN, Thomas S., “The importance of behavioral Law”, in ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (Edited), *The Oxford Handbooks of Behavioral Economics and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 93.

⁵⁷ SUMMERS, Robert S., “The Technique Element in Law”, *California Law Review*, Vol. 59, 1971, pp. 733-751 (734).

dos negócios relativamente a terceiros, tendo ultimamente incidido na análise da lei, mais precisamente no comportamento dos agentes relativamente às normas jurídicas e na sua regulação propriamente dita (“análise positiva”), na necessidade de elaboração de novas leis (“análise prospetiva”), na avaliação das finalidades do sistema jurídico (“análise normativa”)⁵⁸. A influência da psicologia nesta análise económica do Direito também se fez sentir, evidenciando a correlação entre estas distintas perspetivas com pertinência nas escolhas individuais com relevância jurídica⁵⁹.

Daí que a menção a comportamento (humano) como causa objetiva de acompanhamento legal, seja uma autêntica incógnita, atento o seu alcance, porquanto abrange todas as reações e atitudes de uma pessoa. Basta atender que pode corresponder ao seu modo de agir, seja em relação a si próprio (comportamento privado), seja na sua interação com o meio circundante (comportamento ambiental) ou comunitário (comportamento social), assim como respeitante à aprendizagem e ao saber (comportamento cultural). O comportamento, enquanto conduta do ser humano, pode ser observável (comportamento aparente), mas também pode ser oculto (comportamento encoberto), estabelecendo-se uma relação causa/efeito, que pode ser quantificada e analisada, podendo revelar um certo padrão de atitudes.

Mas qual o comportamento que aqui tem relevância para o acompanhamento legal? A primeira referência interpretativa surge com o mencionado “Estudo — Anteprojeto de Reforma”, o qual parte das anteriores circunstâncias específicas da inabilitação (alcoolismo, toxicodependência, prodigalidade), acrescentando-lhe novas realidades (“dependências de jogos de vídeo, adesão a seitas ilegais com práticas ilegais para o próprio ou na radicalização político-militar”), justificando essa ausência de casos legais ilustrativos com o argumento de que tal “seria sempre insuficiente ou delicada”⁶⁰.

Não cremos que nenhum destes comportamentos, só por si, tenha relevância como causa objetiva de uma medida de acompanhamento legal. As tais circunstâncias específicas de alcoolismo e toxicodependência, a que se pode adicionar o impulso para os jogos de fortuna ou azar, não são uma causa imediata de acompanhamento legal — existem até específicos mecanismos jurídicos de apoio, baseados na adesão voluntária⁶¹. Podem ser,

⁵⁸ COASE, R. H. “The problem of social cost”, *The Journal of Law & Economics*, Vol. III, Oct. 1960, pp. 1-44; JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard, “A Behavioral Approach to Law and Economics”, in *Stanford Law Review*, Vol. 50, n.º 5, 1998, p. 1471, desenvolvem esta análise, que subdividem e designam por *positive analysis of law*, *prescriptive analysis* e *normative analysis*. Entre nós, veja-se SARAIVA, Rute, “Economia comportamental do desenvolvimento”, in *Boletim de Ciências Económicas, Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, Volume LVII, Tomo III, Coimbra, 2014, pp. 3163-3178.

⁵⁹ RACHLINSKI, Jeffrey J., “The Psychological Foundations of Behavioral Law and Economics”, 2011, *University of Illinois Law Review*, Volume de 2011, pp. 1675-1696.

⁶⁰ “Estudo — Anteprojeto de Reforma”, p. 118.

⁶¹ Tal sucede com o Decreto-Lei n.º 17/2012, de 26/jan. (DR I, n.º 19), que aprovou os Serviços de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências, bem como com o regime jurídico dos jogos de fortuna e azar, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 422/89, de 02/dez. (DR I,

quando muito, uma causa mediata, mas enquanto geradoras de doenças mentais ou neurologicamente incapacitantes. O mesmo sucede com as novas dependências tecnológicas digitais, através do uso intenso e descontrolado da internet, computadores, telemóveis, que já mereceu a qualificação de “internet addiction disorder” (IAD) ou então “compulsive internet use” (CIU) ou simplesmente iDisorder⁶². Mas nestes casos a causa de acompanhamento é a doença e não o comportamento.

A prodigalidade *tout court* apenas tem sentido no âmbito da teoria tradicional das (in)capacidades e na conceção da antiguidade romanista do *pater familiae*, que perdeu na modernidade iluminista, com o *Code Civil des Français*, o qual, na sua versão original de 1804, preceituava que a mulher devia obediência ao seu marido (213.º)⁶³. Este era o único com poderes de disposição plena dos bens ou rendimentos familiares, pelo que havia a necessidade de preservar o património da comunhão familiar. Deste modo, se o *pater familiae* esbanjasse os seus bens e rendimentos, não só tal conduzia à sua miséria, como, igualmente, se repercutia na respetiva família, que ficaria numa situação de indigência económica. Aliás, a nível do direito comparado, o movimento tem sido no sentido da sua exclusão como causa de limitação da capacidade jurídica, como sucedeu, por exemplo, na Alemanha e em França⁶⁴.

A adesão a seitas políticas ou mesmo religiosas esbarra com constrangimentos constitucionais, já que a restrição à capacidade civil “não pode[ndo] ter como fundamento motivos políticos” (26.º, n.º 4, Constituição)⁶⁵ e no âmbito do direito à liberdade religiosa e de culto, a injunção constitucional é clara, pois “Ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa” (41.º, n.º 2, Constituição) — aqui a designação a privação só tem sentido se abranger as restrições.

Deste modo, quanto às razões de comportamento, e sob pena de ocorrerem autênticos resultados absurdos, a sua aplicação deve ser submetida

n.º 277), com sucessivas alterações, que no seu artigo 38.º, n.º 1 e 2 consagra de modo cautelar o pedido de “interdição voluntária” de acesso às salas de jogo dos Casinos.

⁶² CASH, Hilarie, et al “Internet Addiction: A Brief Summary of Research and Practice”, in *Current Psychiatry Reviews*, 2012, Vol. 8, N.º 4, pp. 292-298; GRANT, Jon E. et al, “Impulse control disorders and “behavioural addictions”, in the ICD-11”, in *World Psychiatry*, 13, N.º 2, 2014, pp. 125-127. GRANT, Jon E; CHAMBERLAIN, Samuel R., “Expanding the Definition of Addictions: DSM-5 vs. ICD-11”, *CNS Spectr.*2017, “<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5328289/pdf/emss-71683.pdf>”.

⁶³ “Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari”.

⁶⁴ Na Alemanha com a *Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Lei para a Reforma do Direito da Tutela e da Curatela para Adultos)*, ao aprovar em 1990 o regime da *Betreuung* (§ 1896, 1 do BGB, veja-se nota 16); em França através da *Réforme de la protection juridique des majeurs*, através da *Loi n.º 2007-308, de 5/mar./2007*.

⁶⁵ Teríamos até curiosidade em saber como é que, por hipótese, um acompanhante legal manteria um contacto permanente, visitando-o até mensalmente, com o seu acompanhado, membro português da Al-Qaeda ou do ISIS (organizações terroristas), face ao artigo 146.º, n.º 2, do Código Civil.

pelos tribunais às designadas “golden rules”, de modo a manter a possível e a devida coerência ao acompanhamento legal, no âmbito do direito humano à capacidade jurídica⁶⁶.

5. AS MEDIDAS DE CAPACITAÇÃO

5.1. As perspetivas de avaliação da capacidade jurídica

As conceções tradicionais que pretendem mensurar a capacidade jurídica têm estado mais centradas nas incapacidades individuais, enquanto défices pessoais ou de resultado, do que na capacidade mental e no empoderamento das funcionalidades pessoais. Daí que a sua construção legal tenha existido em torno da tutela (*guardianship*), a qual está na base dos modelos de substituição. Tais conceções assentavam, essencialmente, em duas perspetivas na avaliação da capacidade, surgindo, mais recentemente, uma distinta, que, no entanto, pretende romper com aquelas outras⁶⁷.

A *perspetiva baseada no status (status-based approach)* concebe a capacidade através de um estatuto estritamente pessoal e numa base, essencialmente, médica, mediante a avaliação das capacidades, sejam físicas, como a cegueira e a surdez, sejam mentais, como a anomalia psíquica, sendo esta última que vinha preponderando. Havendo tais deficiências, praticamente existe uma presunção de incapacidade, como sucedida com a interdição ou inabilitação e agora ocorre com os seus sucedâneos de representação substitutiva. Apenas restava aferir o grau dessa anomalia psíquica, mediante uma perícia médico-legal de psiquiatria, sendo frequente que o subsequente relatório pericial, o qual se destina a um juízo médico-legal, indique a medida legal a seguir, realizando um inapropriado juízo jurídico. Mediante esta perspetiva, os tribunais limitam-se a constatar a existência médico-legal dessa anomalia

⁶⁶ As “golden rules” correspondem a uma prática comum da jurisprudência anglo-saxónica, com maior incidência britânica do que norte-americana, apontando-se como sua origem a seguinte passagem no caso *Grey v Pearson* (1857) HL Cas 61: “*The grammatical and ordinary sense of the words is to be adhered to unless that would lead to some absurdity or some repugnance or inconsistency with the rest of the instrument in which case the grammatical and ordinary sense of the words may be modified so as to avoid the absurdity and inconsistency, but no farther*”. Num comentário geral veja-se DOUGHERTY, Veronica M, “Absurdity and the limits of literalism: Defining the absurd result principle in statutory interpretation”, *The American University Law Review*, Vol. 44, 1994, pp. 127-166; sobre a sua aplicação num caso específico veja-se GREASLEY, Kate, “Medical Abortion and the “Golden Rule” of Statutory Interpretation”, *in Medical Law Review*, n.º 19, 2011, pp. 314-325.

⁶⁷ Seguimos a nomenclatura de DHANDA, Amita, “Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 34, 2007, pp. 429-462 (431-433); QUINN, Gerard, ARSTEIN-KERLASKE, Anna, “Restoring the “human”, in “human rights”: personhood and doctrinal innovation in the UN disability Convention”, in GEARTY, Conor; DOUZINAS, Costas (Edited by) *The Cambridge Companion to Human Rights Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 36-55 (44-46).

psíquica, surgindo a sentença como uma mera “certificação judicial” de uma observação psiquiátrica.

A *perspetiva baseada no resultado (outcome-based approach)* incide nas decisões pessoais ultimamente realizadas, aferindo a sua validade através de um “padrão de normalidade”. Logo, havendo decisões “imprudentes ou erradas” (v.g., a falta de pagamento atempada de qualquer dívida ou imposto; a doação de qualquer bem; o abandono das consultas médicas, mormente de psiquiatria, etc.), teríamos como que um “meio caminho andado”, um certo “código postal de insanidade”, para se decretar a incapacidade. Segue-se a constatação da diminuição das qualidades cognitivas, o que normalmente sucede com a ancianidade, para que a pessoa em causa revele um “padrão de incapacidade”. Para o efeito, restaria, mais uma vez, o diagnóstico psiquiátrico para certificação do défice cognitivo, que, normalmente, faz apelo a insondáveis e inquestionáveis “boas práticas”, normalmente desacompanhados de diagnósticos complementares. Mais uma vez, os tribunais continuam a limitar-se à certificação judicial destas observações psiquiátricas. Mas agora complementam essa “autenticação forense”, realizando juízos moralistas — e não morais — sobre aquelas decisões “imprudentes ou erradas”, como se as mesmas não fossem correntes na vida humana (v.g., casamento v. divórcio, investimento v. insolvência, integridade pessoal v. ofensas à integridade, propriedade v. furto, etc.), sem que as mesmas conduzam à perda da capacidade civil e, muito menos, definitivamente.

A *perspetiva funcional (functional approach)* avalia a capacidade a partir de certos desempenhos específicos, identificando e rastreando a partir daí a sua relevância, designadamente as repercussões que a mesma tem no desempenho pessoal. Porém, dirige esse juízo ponderativo para um nível estrito e confinado de certas competências individuais, como que as cindindo. A avaliação acaba por ser estritamente médica e dirigida unicamente a tais especificidades. Esta perspetiva não avalia a pessoa na sua globalidade, com as suas distintas aptidões ou habilidades, e, muito menos, as suas circunstâncias, sociais, culturais ou ambientais⁶⁸.

Mas haverá *outra via* para além destas perspetivas? Tal será possível se avaliarmos a discapacidade mediante o enfoque das funcionalidades e da capacitação. Numa primeira fase, estimam-se as capacidades pessoais num contexto global, mediante uma métrica sensível aos distintos fatores em contexto e não apenas a um deles, mormente aos individuais⁶⁹. Daí que a avaliação das competências pessoais não emerge apenas de certas aptidões individuais, mas, também, das contingências circunstanciais, connexionando

⁶⁸ KEENE, Alex Ruck et al, “Taking capacity seriously? Ten years of mental capacity disputes before England’s Court of Protection”, *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 62, 2019, pp. 56-76.

⁶⁹ TERZI, Lorella, “What metric of justice for disabled people? Capability and disability”, in BRIGHOUSE, Harry; ROBEYNS, Ingrid (Edited by), *Measuring Justice — Primary Goods and Capabilities*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 150-173 (151-152).

ambas. Numa segunda fase, realiza-se o empoderamento das funcionalidades desniveladas, através de medidas de capacitação. Numa terceira fase, ponderam-se as práticas, não rejeitando liminarmente tais possibilidades.

5.2. O paradigma do apoio deliberativo à discapacidade

O direito ao igual reconhecimento perante a lei acaba por ter implicações para além das fronteiras da própria CDPD, chegando-se a sugerir que a mesma tem como destinatários preferenciais as pessoas vulneráveis em geral, mas com incidência naquelas com discapacidades psicossociais (doenças mentais), nas anciãs com progressivo declínio cognitivo e, ainda, naquelas com traumatismos cranianos (contusões cerebrais)⁷⁰. Este reconhecimento ao nível do direito internacional consagra as bases de um emergente direito humano à capacidade jurídica, reelaborando-o a partir das teorias da justiça e dos direitos humanos centradas na discapacidade⁷¹.

Então qual a ideia ou a perspetiva avançada pelo artigo 12.º da CDPD? A sua novidade e as suas exigências certamente dificultam a compreensão de todas as suas potencialidades⁷². Mas não restam dúvidas de que o seu programa normativo confere prioridades aos modelos de apoio, em detrimento dos modelos de substituição. Porém, não estabelece uma noção desse apoio, muito embora deixe pistas para o efeito, mormente para se estabelecer um paradigma de apoio à discapacidade. Mas a sua sustentabilidade exige o seu ancoramento doutrinal, o qual, a nosso ver, passa pela teoria da capacidade (*capability approach*), estabelecendo-se em concreto um *índice de capacidades básicas*⁷³. Este posicionamento foi aprimorado pela teoria das funcionalidades

⁷⁰ GLEN, Kristin Booth; "Introducing a "New" Human Right: Learning From Others, Bringing Legal Capacity Home", *Columbia Human Rights Law Review*, Vol 49, N.º 3, 2018, pp. 1-98 (33-49).

⁷¹ Para uma panorâmica da discapacidade no âmbito das teorias da justiça e dos direitos humanos, DE ASIS ROIG, Rafael, "Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos", in CAMPOY CERVERA, Ignacio; PALACIOS, Agustina, (coords.), *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, Madrid: Dykinson, 2007, pp.17-50; CUENCA GÓMEZ, Patricia, "Sobre la inclusión de la Discapacidad en la Teoría de los Derechos Humanos", *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), N.º 158, 2012, pp. 103-137 e posteriormente em "Disability and Human Rights: A Theoretical Analysis", in *The Age of Human Rights Journal*, N.º 4, 2015, pp. 34-59.

⁷² DINERSTEIN, Robert D., "Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making", *Human Rights Brief*, Vol. 19, N.º 2, 2012, pp. 8-12.

⁷³ A teoria das capacidades foi essencialmente desenvolvida por AMARTYA SEN, donde destacamos "Equality of What?", in McMURRIN, *Tanner Lectures on Human Values*, Cambridge, CUP, 1980; *Inequality Re-examined*, Oxford: Clarendon, 1992, pp. 197-220; "Elements of a Theory of Human Rights", *Philosophy & Public Affairs*, Vol. XXXII, n.º 4, 2004, pp. 315-356; assim como por MARTHA NAUSSBAUM, nota 3; "The Capabilities of People with Cognitive Disabilities", *Metaphilosophy*, Vol. 40, n.º 2 e 3, 2009, pp. 331-351; *Creating Capabilities*, Cambridge: HUP, 2011. Num sentido crítico desta teoria e mais centrada nas posições desta última, colocando-a nas proximidades do modelo médico da deficiência, veja-se SILVERS,

seguras, seguindo-se, ainda, os contributos de uma perspetiva pluridimensional da autonomia⁷⁴. No entanto, centramos estas teorias nos direitos humanos, naquilo que começou por ser designado como uma linguagem de direitos, mais precisamente uma “linguagem de capacidades e funcionamento humano” (*language of capabilities and human functioning*)⁷⁵.

Nesta conformidade, sugerimos três objetivos essenciais: 1.º) *diferenciar as capacidades de uma pessoa*, não reduzindo as mesmas a padrões tipo e redutores (incapacidade *versus* capacidade), nem desprezando as suas circunstâncias, pois, como em tempos já alertava Ortega y Gasset, “Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo”⁷⁶. A pessoa será assim um todo (eu + circunstâncias), não apenas as individuais, mas, também, as sociais, culturais e ambientais; 2.º) possibilitar um *quadro de intervenção flexível e com multi-propósitos*, sejam legais, jurídicos ou mesmo informais; 3.º) implementar *infraestruturas para um sistema de apoio* dirigido às *discapacidades* e não apenas às deficiências individuais. Tal só será possível se centrarmos estes objetivos na pessoa e em tudo o que esteja consigo direta ou indiretamente relacionado (indivíduo + contexto social e ambiental), partindo-se desta envolvência ou completude para a implementação de medidas de apoio, em concreto e não em abstrato.

Para o efeito seguimos uma *metodologia de capacitação*, a qual passa pelos seguintes caminhos: i) inventariar as necessidades, tanto a nível individual, como social e ambiental; ii) identificar as funcionalidades individuais; iii) ajustar aquelas necessidades a estas funcionalidades, implementando, na prática, as que necessitam de ser capacitadas; (iv) assegurar e maximizar a sua potencial autonomia, quando os seus níveis estão vulneráveis.

Essa metodologia compreende alguns *standards*. Um deles será o *standard básico das competências profissionais* que, em regra, cada pessoa

Anita; FRANCIS, Leslie Pickering, “Justice through Trust: Disability and the “Outlier Problem”, in Social Contract Theory”, *Ethics*, n.º 116, 2005, pp. 40-76 (50 e ss.). Refutando estas críticas BERNADINI, Maria Giulia, *Disabilità, giustizia, diritto — Itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies*, Torino: Giappichelli Editore, pp. 105-111, sustentando que a doutrina da *capability approach* segue um modelo intermédio (*critical disability studies*). Sobre estes distintos modelos explicativos veja-se GOMES, Joaquim Correia, 2016, nota 32, pp. 123-130.

⁷⁴ A teoria das funcionalidades seguras, com origem naquela teoria da capacidade, foi aperfeiçoada por WOLF, Jonathan; DE-SHALIT, Avner, *Disadvantage*, Oxford, OUF, 2007. Por último, seguimos KILLMISTER, Susy, *Taking the Measure of autonomy: A four-dimensional theory of self-governance*, New York: Routledge, 2018.

⁷⁵ NUSSBAUM, Martha, “Capabilities and Human Rights”, *Fordham Law Review*, Vol. 66, n.º 2, 1997, pp. 273-300 (275); centrada na discapacidade enumeramos MITRA, Sophie, “The Capability Approach and Disability”, *Journal of Disability Policy Studies*, Vol. 16, n.º 4, 2006, pp. 236-247; KHADER, J. Serene, “Cognitive Disability, Capabilities, and Justice”, *Essays in Philosophy*, Vol. 9, n.º 1, article 11, 2008. Traçando os seus fundamentos mediante uma consistente sustentabilidade (capacidade, funcionalidades e reconhecimento) SEOANE, José Antonio, “Derechos Humanos y Discapacidad”, in CIANCIARDO, Juan et al, *Filosofía práctica y derecho. Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correias*, UNAM, 2016, pp. 293-313 (303-308).

⁷⁶ ORTEGA Y GASSET, José, *Meditaciones del Quijote*, Madrid: Residencia de Estudiantes, 1914, pp. 43-44.

possui e não um protótipo ideal⁷⁷. Deste modo, uma inabilidade não é reveladora de uma discapacidade e esta também não gera uma plena inabilidade para o quotidiano. Outro será o *standard básico de competências sociais*, num sentido amplo, de modo a abranger as vertentes emocionais e cognitivas, aferindo as aptidões para estabelecer relacionamentos de interação social⁷⁸ — veja-se o caso das pessoas com síndrome de *Asperger*, com dificuldades de relacionamento social, muito embora algumas revelem elevados padrões de inteligência.

Daí que seja relevante circunscrever e precisar as capacidades reais e potenciais de uma pessoa (nível interno), assim como as circunstâncias favoráveis, contingentes ou então adversas do seu meio ambiente (nível externo), aferindo-se os meios ou instrumentos existentes e necessários (nível de bens e recursos). A partir daqui estamos em condições de rastrear as medidas de capacitação e implementar juridicamente — e não medicamente — as medidas legais de apoio. E será através das subseqüentes medidas de apoio que, em concreto e na prática, estamos em condições de conceder preferência à vontade e desejos das pessoas em causa, afastando-se do seu presumível melhor interesse, que será sempre determinado por terceiros. E mediante essas medidas estamos a propiciar as funcionalidades seguras adequadas, necessárias e ajustadas para que essa pessoa prossiga os seus legítimos interesses, colocando a mesma numa posição de igualdade de direitos em relação às demais. Daí que este *novo paradigma* deliberativo de apoio à discapacidade, ao eleger o modelo de apoio à decisão como arquétipo legal da capacidade jurídica, deverá estar vocacionado para a práxis, alavancando e propiciando a *capacidade de autogoverno e autodeterminação* pessoais.

⁷⁷ NORDENFELT, Lennart, "Ability, Competence and Qualification: Fundamental Concepts in the Philosophy of Disability", in RALSTON, D. Christopher; Ho, Justin, *Philosophical Reflections on Disability*, Dordrecht: Springer, 2010, pp. 37-54 (40-41).

⁷⁸ ORPINAS, Pamela, "Social Competence", in WEINER, Irving B; CRAIGHEAD, W. Edward, *The Corsini Encyclopedia of Psychology*, Fourth Edition, Vol. 4, New Jersey: Wiley, 2010, pp. 1623-1625.