

OS DEVERES DE CUIDADO E A RESPONSABILIDADE DO ACOMPANHANTE PERANTE O BENEFICIÁRIO — UM PRIMEIRO ENSAIO

GERALDO ROCHA RIBEIRO

Resumo: o presente trabalho pretende ser um ensaio para concretizar os deveres de cuidado que se impõem ao acompanhante e qual o regime de responsabilidade e critérios de apreciação de culpa.

Palavras-chave: maior acompanhado; gestão de negócios; medidas cautelares e provisórias; responsabilidade civil; dever de cuidado; culpa.

Abstract: *the present essay is a first step towards determining the duties of care imposed on guardians and the extent of their liability.*

Keywords: *custodianship; negotiorum gestio; interim and precautionary measures; liability; duty of care; fault.*

I. INTRODUÇÃO

Com a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, foram revogados os institutos da interdição e inabilitação e, em sua substituição, foi introduzido o instituto do maior acompanhado. A necessidade de alteração legislativa resultou de imperativos constitucionais e de obrigações internacionais do Estado Português após adesão à Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (de ora em diante designada por “Convenção”), adotada em Nova Iorque em 30 de março de 2007, e ao respetivo Protocolo Opcional¹. A urgência da alteração foi reforçada nas conclusões do Comité dos Direitos das Pessoas com Deficiência, no Relatório de 20 de maio de 2016, ao recomendar a reforma do sistema jurídico de incapacidades com vista à inclusão das pessoas com deficiência e à garantia dos seus direitos através da revogação da interdição e da inabilitação².

O novo regime do Código Civil pretende ser a realização infraconstitucional das liberdades e direitos das pessoas com deficiência e, enquanto tal,

¹ Aprovada e ratificada pelas Resoluções da Assembleia da República n.ºs 56/2009 e 57/2009 e Decretos do Presidente da República n.ºs 71/2009 e 72/2009.

² Comité da ONU dos Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência. — Concluding observations on the initial report of Portugal. CRPD/C/PRT/CO/1 [disponível em “<https://www.ohchr.org/>”], par. 28 e 29.

deve ser visto como um sistema garantístico daquelas posições jurídicas. Desde logo, e por referência aos artigos 5.º e 12.º da Convenção, este sistema assenta nos princípios da não discriminação, autodeterminação, subsidiariedade e proporcionalidade (elencados no artigo 3.º da Convenção), o que impõe uma intervenção que tutele o beneficiário face aos riscos relacionados com heterodeterminação de interesses, relações de subordinação e conflitos de interesses (em especial na relação com o cuidador designado como acompanhante ou situações de facto) e que o defenda perante possíveis intervenções abusivas e arbitrárias do Estado.

A condição social da deficiência não pode, em momento algum, colocar em causa a autodeterminação de interesses do beneficiário. Deste modo, o conceito de deficiência, ao ser enquadrado a partir do contexto social onde a pessoa se insere, exige uma resposta perante as necessidades individuais, que, conseqüentemente, não são acauteladas através da produção de efeitos automáticos pela lei. A sentença judicial que determine a medida de acompanhamento é, em primeira linha, a resposta adequada e necessária a uma concreta pessoa, pelo que não se acomoda a soluções para uma medida *one-size-fits-all*. E esta particularização do objeto da medida de acompanhamento significa imputar ao acompanhante poderes-deveres que permitam a remoção das barreiras sociais que impedem a plena afirmação do estatuto jurídico de pessoa maior. O acompanhamento é o instrumento de realização da autodeterminação do beneficiário, pelo que não se pode sobrepor a este, nem substituí-lo, devendo promover a sua vida autónoma e independente.

O artigo 140.º do Código Civil, sob a epígrafe «objetivo e supletividade», é o resultado do reconhecimento do princípio da subsidiariedade no sistema jurídico de salvaguarda de pessoas maiores. Não é feliz a utilização do termo *supletivo*, na medida em que transmite a ideia de disponibilidade sobre a medida de acompanhamento. Ora, o acompanhamento, quando se revele necessário, é parte integrante da ordem pública, pelo que o beneficiário não pode renunciar ou dispensar a medida de acompanhamento, não estando dependente da sua vontade o seu decretamento, caso se verifiquem os pressupostos legais. Com isto, não se coloca em causa a organização privada do cuidado através de outros instrumentos, como, por exemplo, o mandato em previsão do acompanhamento (artigo 145.º do Código Civil) e o modelo de apoio à vida independente. O que está em causa é idoneidade dos instrumentos para responderem às necessidades do beneficiário, pelo que a intervenção estadual será meramente subsidiária. Assim como não está em causa a possibilidade de o beneficiário se opor ao acompanhamento, se tiver capacidade natural bastante, assumindo os riscos decorrentes da sua condição. Aqui falamos da autodeterminação do beneficiário enquanto pressuposto constitutivo da medida ou mesmo de eficácia (falta de adesão ou recusa de acompanhamento)³. Por último, e agora em sentido inverso, não basta a

³ A respeito das situações de recusa de acompanhamento pelo beneficiário, em particular, perante a falta de cooperação do beneficiário que torna difícil ou impossível na prática o

manifestação de uma vontade do beneficiário e a existência de uma condição médico-funcional para determinar o acompanhamento, se o mesmo não se revelar adequado e necessário.

A organização privada do cuidado não prescinde do juízo sobre a necessidade da medida de acompanhamento, nem de sindicância da adequação da proteção privada. Conjuntamente com a afirmação do princípio da proporcionalidade, em particular o subprincípio da necessidade, surge o reconhecimento da relevância do princípio da subsidiariedade. Deve ser reconhecido à pessoa o poder para autorregular a sua proteção, com vista a compensar os seus défices por autoproteção decorrente da regulação prospetiva dos seus interesses, por designação do seu representante⁴.

II. AS MEDIDAS CAUTELARES OU PROVISÓRIAS

Aqui chegados, cumpre destrinçar a natureza que cabe às medidas cautelares ou provisórias previstas nos artigos 139.º, n.º 2, do Código Civil e 891.º, n.º 2, do Código de Processo Civil. Em particular, aferir se as medidas podem ser autossuficientes, isto é, se é possível recorrer a estas medidas sem que sejam acessórias ao processo de maior acompanhado. A medida de acompanhamento e as medidas cautelares necessárias à salvaguarda dos interesses do beneficiário são determinadas em função da idoneidade para a promoção ou garantia da sua autodeterminação. Três situações podem ser configuradas: o beneficiário quer e adere à necessidade da medida; o bene-

exercício dos poderes deveres do acompanhante, ainda que se verifique a necessidade do acompanhamento, é interessante ver a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Alemão (BGH — Beschluss vom 23.1.2019 — XII ZB 397/18. BtPrax — *Betreuungsrechtliche Praxis*. 3/2019. (114-115)), no princípio que designam de «Unbetreubarkeit» e que se redonda na falta de eficácia (inadequação) do acompanhamento. Segundo o BGH, o acompanhamento deixa de ser adequado a partir do momento em que o beneficiário boicote o acompanhante ao ponto de tornar impossível ou excessivamente oneroso o exercício das suas funções. No fundo, a finalidade do acompanhamento é gorada pela impossibilidade de realização das finalidades do acompanhamento com a promoção da autodeterminação e do bem-estar do beneficiário. Contudo, a verificação de necessidade objetiva de cuidado impõe que se mantenha (ou se determine) o acompanhamento quando o beneficiário revele impossibilidade de gerir os seus interesses e direitos. A ineficácia da medida, atenta a posição do beneficiário, não afasta a obrigação do Estado em assegurar o cuidado de pessoas vulneráveis, mas sempre em ordem à salvaguarda de interesses próprios do beneficiário (e nunca em função de interesses de terceiros — cf. SCHNEIDER, Angie, §1896 BGB, *Münchener Kommentar zum BGB*, 2020 (8. Auflage) [beck-online], Rn. 45). Veja-se, em termos gerais, LOER, Annette, §1908d BGB, *Betreuungsrecht*, Andreas Jürgens, 2019 (6. Auflage) [beck-online], Rn. 2; STURMBERG, Moritz e HÖVELMANN, Marc, “Abschied von formalistischen Denkmustern — Anmerkungen zur sogenannten “Unbetreubarkeit” aus Sicht der Betreuungsbehörde”, *BtPrax — Betreuungsrechtliche Praxis*, 2/2020, pp. 47-51. Estes últimos referem a importância dos relatórios sociais e a sua confrontação crítica com os relatórios médicos como forma a apurar as condições para o desenho de uma medida eficaz atenta a situação do beneficiário.

⁴ Cf. WALTER, Ute, *Die Vorsorgevollmacht: Grundprobleme eines Rechtsinstituts unter besonderer Berücksichtigung der Frage nach Vorsorge im personalen Bereich*, Bielefeld: Giesecking, 1997, p. 7.

ficiário recusa o acompanhamento; ou o beneficiário não é capaz de compreender e avaliar o objeto, fim e alcance do acompanhamento.

As medidas provisórias, que assumem uma matriz administrativa, atenta a sua natureza de jurisdição voluntária (artigo 891.º, n.º 1, do Código de Processo Civil), e também pelo seu carácter especial e autónomo, não deixarão de ter, em tudo o que não se encontre especialmente previsto e não ponha em causa a finalidade própria da providência, o regime dos procedimentos cautelares.

Desde logo, terão uma relação de dependência face à ação de acompanhamento, o que significa que as medidas terão de pressupor, na medida da prova sumária e indiciária produzida, a verificação dos pressupostos do artigo 138.º do Código Civil.

Um primeiro momento de valoração será comprovar, com uma probabilidade séria, a existência de uma situação que funde a constituição da medida de acompanhamento, ou seja, que se verifica o *fumus boni iuris*, por referência, aqui, aos pressupostos positivos e negativos para a constituição da medida de acompanhamento (artigos 138.º, 140.º e 141.º do Código Civil). Firmado este juízo, passar-se-á ao segundo momento: a verificação da existência de um fundado receio de que a situação de incapacidade em que se encontra a pessoa ponha em causa, de forma grave e irreparável, os seus interesses pessoais e/ou patrimoniais, logo, da existência de um perigo.

Só a existência de um iminente perigo é apta a fundar uma atuação preventiva na esfera jurídica do incapaz, por outras palavras, só aquele é que justifica um juízo de necessidade da intervenção. Cabe, por isso, demonstrar o mérito e oportunidade da providência através do teste de proporcionalidade em sentido amplo. Contudo, a invocação da proporcionalidade é feita por referência aos únicos interesses que estão em causa na ação de maior acompanhado — os do beneficiário. Neste sentido, a proporcionalidade da medida é aferida em função exclusiva dos interesses patrimoniais e pessoais do próprio beneficiário.

Outra nota relevante é o facto de as medidas não serem uma versão transitória da medida de acompanhamento, apenas se justificando se forem proporcionais face a «um particular tipo de perigo — o perigo que o decurso do tempo importa ao nível do efeito útil da ação principal»⁵. Significa que apenas a existência de um perigo grave, decorrente da deficiência que o beneficiário padece para a autodeterminação dos seus interesses e direitos, pode justificar a adoção de medidas cautelares. Verificados aqueles pressupostos, cabe determinar a adequação da medida atentas as finalidades a prosseguir, podendo a mesma ser antecipatória ou preventiva.

Cumpre, por último, aferir da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, se a medida a decretar apresenta, num juízo de prognose, idoneidade

⁵ Cf. SILVA, Lucinda Dias, *Processo Cautelar Comum (Princípio do contraditório e dispensa de audiência prévia do requerido)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 115.

para salvaguardar os interesses do beneficiário que não seja inferior ao constrangimento dos seus direitos à autodeterminação e à sua dignidade.

A respeito do fim da medida, TEIXEIRA DE SOUSA distingue as medidas prescritas no artigo 139.º do Código Civil das medidas previstas no artigo 891.º, n.º 2, do Código de Processo Civil. Segundo este Autor, «[u]ma medida cautelar [nos termos do artigo 139.º do Código Civil], é uma medida que antecipa uma medida de acompanhamento; por exemplo: o tribunal pode sujeitar, desde já, a celebração de certa categoria de negócios à autorização de uma outra pessoa (que pode vir a ser o futuro acompanhante); [u]ma medida provisória e urgente [nos termos do artigo 891.º, n.º 2, do Código de Processo Civil], é uma medida que o tribunal impõe para proteção da pessoa ou do património do beneficiário; por exemplo, o tribunal pode impor o congelamento das contas bancárias do beneficiário ou que alguém, em representação deste beneficiário, trate da obtenção, junto dos serviços da segurança social, de uma pensão ou procure regularizar a situação sucessória do beneficiário junto de outros herdeiros»⁶.

Contudo, tais medidas são, por natureza, processuais e sempre circunscritas ao processo de constituição, modificação ou revisão da medida de acompanhamento. Neste sentido, são sempre dependentes do pedido principal que circunscreve o objeto do acompanhamento, pelo que há que aferir da subsidiariedade e proporcionalidade da medida. Daí, salvo a diferente inserção sistemática, não há, no âmbito das medidas, uma diferente substancialidade, ao não se admitir medidas de acompanhamento temporárias que se esgotem por si⁷. Estas medidas provisórias e cautelares são idênticas na natureza e função, porque decorrem sempre da medida institucional a decretar ou decretada no âmbito do processo de acompanhamento. Desta feita, a distinção não altera o regime e pressupostos que levam à sua determinação, não permitindo que tais medidas sejam concebíveis como medidas autolimitadas e *per se*.

Assim, não é possível decretar estas medidas fora do quadro da medida institucional de acompanhamento. Outra solução seria se o legislador previsse medidas autónomas de carácter pontual face a uma situação de necessidade provisória, auto-esgotante. No entanto, da inserção das normas decorre que estas serão sempre medidas acessórias da medida de acompanhamento, mesmo nos casos em que assumam uma função antecipatória.

⁶ Cf. "O regime do acompanhamento de maiores: alguns aspectos processuais", in *O Novo Regime do Maior Acompanhado*. E-Book, Lisboa: CEJ, 2019 [disponível em "http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebook_civil.php"], pp. 43-43.

⁷ No entanto, já é possível, assim o entendemos, estabelecer um termo para o acompanhamento, desde logo, por recurso a prazos de revisão adstritos à verificação de necessidades pontuais ou temporárias. Relativamente a um beneficiário que careça de apoio para reestruturar a sua vida, nas dimensões patrimoniais e familiares, e perante a sua compensação clínica, pode justificar-se o decretamento da medida de acompanhamento por um prazo de um ou dois anos, com vista a assegurar que o acompanhante promove e assegura a sua recuperação e autonomia patrimonial (p. ex., formação profissional, procura de emprego, competências de gestão patrimonial).

Como última nota, é necessário atender à necessidade de garantir a participação do beneficiário, quer para aferir da expressão autêntica dos seus interesses, quer para o exercício do contraditório inerente à salvaguarda dos seus direitos fundamentais, como pressuposto da tutela jurisdicional efetiva, consagrado no artigo 3.º do Código de Processo Civil (artigo 20.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa). Estas normas impõem o respeito pelo direito de autodeterminação da pessoa, quer em sede de direito processual de participação na constituição da medida de proteção (contraditório processual), quer posteriormente ao seu decretamento, em sede de participação na sua execução (contraditório procedimental de execução). O beneficiário goza do direito a participar nas decisões que lhe digam respeito, uma vez que o reconhecimento da sua capacidade de discernimento é consequência direta do seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade e autodeterminação (artigos 1.º, 20.º, n.º 4, e 26.º da Constituição da República Portuguesa), enquanto garantia de não discriminação (artigos 13.º da Constituição da República Portuguesa, 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e 12.º, n.ºs 1 e 2, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência).

III. O PADRÃO DE ATUAÇÃO DO ACOMPANHANTE: DEVERES DE CUIDADO DOS INTERESSES DO BENEFICIÁRIO

A. O artigo 146.º do Código Civil

Dispõe o artigo 146.º do Código Civil:

«1 — No exercício da sua função, o acompanhante privilegia o bem-estar e a recuperação do acompanhado, com a diligência requerida a um bom pai de família, na concreta situação considerada.

2 — O acompanhante mantém um contacto permanente com o acompanhado, devendo visitá-lo, no mínimo, com uma periodicidade mensal, ou outra periodicidade que o tribunal considere adequada.»

Resulta do n.º 1 do artigo 146.º a finalidade da medida de acompanhamento (1.ª parte) e o padrão de conduta do acompanhante (2.ª parte). A primeira parte centra-se no critério geral de apreciação da medida em si e da sua efetividade em função dos poderes-deveres do elenco do artigo 145.º do Código Civil que foram determinados. Trata-se de sindicar a adequação da medida, significando que a execução da mesma se funcionaliza aos interesses do beneficiário. Ao expressamente previsto deve acrescer a inclusão do beneficiário nos processos de decisão, isto é, o apoio para uma autêntica e efetiva autodeterminação do beneficiário, como realização do modelo de apoio e inclusão tal como delineado no artigo 12.º, n.ºs 3 e 4, da Convenção de Nova Iorque.

Parafraseando CAPELO DE SOUSA, quando se reportava ao regime da interdição e inabilitação, ao acompanhante são imputados «deveres especiais de atenção e respeito, face às particularidades de cada carenciado, às pessoas que com eles se relacionam, deveres esses que inclusivamente são suscetíveis de gerar responsabilidade civil e de legitimar a adoção de providências previstas no n.º 2 do art[igo] 70.º do Código Civil»⁸.

Por isso, podemos encontrar duas formas de ilicitude (artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil): a decorrente imediatamente do direito geral de personalidade (direito absoluto), onde se integra o respeito pela personalidade e capacidade jurídica, dimensões da dignidade da pessoa humana, e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, bem como o direito à integridade pessoal, reserva da vida privada (aqui se incluindo o respeito pelo domicílio e vida familiar, bem como o direito à autodeterminação informacional); a decorrente da violação de normas de proteção que impõem os deveres de cuidado a respeitar pelo acompanhante. São domínios em que a natureza absoluta do direito cria deveres de abstenção, mesmo para o acompanhante que apenas poderá estar legitimado a intervir se para tal forem atribuídos poderes a partir do desenho do objeto da relação de acompanhamento. Fora da relação de acompanhamento e atento o princípio da especificação, a violação da correspondência ou de dados pessoais, por exemplo, terá de encontrar uma justificação no âmbito das regras gerais (por exemplo, consentimento presumido ou estado de necessidade). E este ponto é relevante, na medida em que a falta de especificação das atribuições do acompanhante não legitima, por exemplo, o acesso a correspondência e dados pessoais do beneficiário, sendo aquele, inclusive, responsável pela sua violação. A natureza absoluta dos direitos de personalidade opõe-se, por isso, ao acompanhante, não se encontrando justificada a sua intervenção sem que haja autorização legal expressa na decisão judicial (ou por recurso a outra causa de justificação)⁹.

No entanto, a própria relação de acompanhamento cria particulares deveres, sendo o principal o dever de cuidado. É o dever-matriz que afeiçoa a atuação do acompanhante e que encontra a sua consagração legal no artigo 146.º do Código Civil. E este incorpora, como era referido na exposição de motivos do projeto de lei do Centro de Direito da Família: «[os] poderes fun-

⁸ Conclui o autor que «essa mesma tutela geral da personalidade, singularizada no ser do respetivo titular, nos parece valer para qualquer portador de deficiência física ou psíquica». Cf. Sousa, Rabindranath Capelo, *O direito geral de personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 173-174.

⁹ O legislador deveria ter sido mais prudente e seguido os bons exemplos de outras legislações que regulam expressamente o acesso à correspondência e dados pessoais. A título de exemplo, vejam-se a §1897 IV do BGB e o artigo 391 (3) do *Code Civil* suíço. Na proposta do CDF, previa-se um artigo 156.º-C, n.º 2, com o seguinte teor: «O tribunal apenas pode atribuir ao curador a faculdade de aceder, utilizar e autorizar a utilização de dados pessoais do curatelado, bem como aceder ao seu domicílio e à sua correspondência e a outros meios de comunicação privada, se tal for necessário para o exercício das suas funções.» [disponível em "<http://www.centrodedireitodafamilia.org/>"].

cionais atribuídos ao curador [leia-se acompanhante], diz respeito aos deveres especiais de cuidado que este terá de assumir. Esta será a única esfera de atribuições que está necessariamente presente quando instaurada a curatela [leia-se acompanhamento], já que o beneficiário é sempre alguém carecido de proteção. No exercício de deveres de cuidado, o curador [leia-se acompanhante] deverá praticar atos materiais de apoio no processo decisório, conducentes à formação de uma vontade livre e esclarecida (por exemplo, ajudar a obter e processar a informação com vista à prestação de consentimento médico), mas também assegurar que as necessidades do beneficiário são satisfeitas e que se levem a cabo as providências adequadas para remover situações de perigo que o ameacem, ainda que não o faça como seu representante ou assistente»¹⁰.

Decorre, por isso, do disposto no artigo 146.º do Código Civil uma norma de proteção (ou de tráfego) que determina a tutela objetiva do interesse do beneficiário ao impor um padrão mínimo de atuação ao acompanhante. Todavia, os deveres de cuidado são de conteúdo variável, atenta a plasticidade da medida de acompanhamento. Sendo esta um recorte à medida das necessidades e interesses do beneficiário, o seu conteúdo e a sua exigibilidade serão também flexíveis. No entanto, há um núcleo comum a todas as medidas de acompanhamento: dever de respeito pela vontade, interesses e desejos manifestados (sem prejuízo de os mesmos poderem não ser vinculativos atenta a falta ou limitação de capacidade natural), dever de estabelecer uma relação de proximidade (física) com o beneficiário, dever de informar o beneficiário e o conselho de família (existindo) sobre o exercício dos seus poderes-deveres¹¹, prestar contas (artigo 151.º, n.º 2, do Código Civil), comunicar qualquer alteração que justifique a revisão do acompanhamento, desde logo, quando o mesmo se revele desnecessário ou, em particular, perante a existência de uma situação de perigo, seja auto ou hétero colocada. Além destes deveres, atenta a relação de confiança e de proximidade com o beneficiário, sobre o acompanhante recai um dever de segredo, inerente ao dever de reserva e da intimidade da vida privada de que quele goza e que se mantém para lá da cessação da medida ou da sua remoção ou exoneração.

B. Dever de vigilância: responsabilidade perante terceiros

Aos deveres gerais, comuns a todas as relações de acompanhamento, poderão acrescer deveres de vigilância. Estes são particularmente relevantes na dimensão externa do acompanhamento, ou seja, no âmbito da responsabilidade do acompanhante por danos causados pelo beneficiário a terceiros.

¹⁰ Disponível em "<http://www.centrodedireitodafamilia.org/>".

¹¹ Na proposta do Centro de Direito da Família, esse dever estava consagrado no artigo 156.º-J, n.º 2, sob a epígrafe «Prestação de contas e relatório de atividade», «relatório de atividades relativas ao exercício dos seus deveres de cuidado».

Falamos na responsabilidade prevista no artigo 491.º do Código Civil, que consagra um dever de proteção (tráfego) a cargo das pessoas que estão obrigadas, por lei ou por negócio jurídico, a vigiar outras, por virtude da incapacidade natural destas, respondendo pelos danos que elas (as que têm capacidade diminuída) causem a terceiro. A responsabilidade surge, não a partir do dano, mas do perigo objetivamente criado pela vigiado e que o cumprimento do dever de vigilância seria adequado a remover ou do dano que teria ocorrido independentemente do cumprimento do dever. O seu escopo inclui a proteção de terceiros face a pessoas com capacidade diminuída. O termo «incapacidade natural» não é equivalente a inimputabilidade, na medida em que inclui na responsabilidade do vigilante vigiados que sejam imputáveis (artigo 488.º do Código Civil, tanto mais relevante a partir do momento em que deixou de valer a presunção de inimputabilidade para as pessoas interditas por anomalia psíquica).

Em termos tradicionais, afirma-se que o dever consagrado no artigo 491.º do Código Civil impõe uma obrigação de especial vigilância com vista a tutelar terceiros face ao perigo resultante da pessoa vigiada, assumindo uma feição preventiva e reparatória perante os danos resultantes da violação daquele dever. Todavia, não é pelo facto de o beneficiário gozar de medida de acompanhamento que resulta um dever de vigilância, nomeadamente, porque aquela condição já não determina qualquer presunção de inimputabilidade. No caso dos acompanhantes, estes respondem por ato próprio, o não cumprimento do dever de vigilância, pelo que este dever tem de resultar do objeto da relação de acompanhamento, em virtude da falta ou limitação da capacidade delitual do beneficiário. O dever decorre da necessidade de remover o perigo gerado pelo beneficiário, não constitui um instrumento de coerção ou supressão da autonomia daquele¹².

Estes podem eximir-se à responsabilidade «se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido» (artigo 491.º do Código Civil). Trata-se de responsabilidade por culpa presumida, logo, delitual e não objetiva. Contudo, a responsabilidade por dever de vigilância convoca a necessidade de supervisão por falta de autonomia do vigilando e sempre na relação com terceiro.

C. Deveres de cuidado: responsabilidade perante o beneficiário

Diferente é aferir da obrigação de vigilância, enquanto manifestação da relação de cuidado, que impõe ao acompanhante a proteção da pessoa ou património do beneficiário. Aqui entramos na responsabilidade delitual do acompanhante, nos termos do artigo 483.º do Código Civil. O parâmetro de cuidado é o que decorre do artigo 487.º, n.º 2, do Código Civil.

¹² Este dever de vigilância, como admite o artigo 491.º do Código Civil, pode resultar de um contrato de prestação de serviços, como serão os casos de cuidados de saúde ou de lares.

Afere-se, por isso, da culpa *in abstracto* a partir da padronização do que se entende exigível como conduta de salvaguarda dos interesses do beneficiário no exercício dos poderes-deveres de acompanhamento. A avaliação da culpa a partir do critério do *bonus pater familias* significa que a violação do dever de cuidado pelo acompanhante, no exercício dos seus poderes-deveres, só o torna responsável se o cumprimento impuser esforços superiores ao padrão médio de exigência. Cria-se, a partir do caso, uma regra de conduta que parametriza, de forma não discriminatória, o comportamento exigido ao acompanhante para acautelar os interesses do beneficiário. A exigibilidade do acompanhamento, desde logo, impõe ao acompanhante o dever de comunicar situações em que o mesmo não tenha capacidade ou possibilidade de assegurar os interesses, quer em termos de facto, quer em termos jurídicos. Tal consideração vale igualmente para as situações de mera culpa. A omissão de um ato que um homem razoável, nas circunstâncias do caso, teria realizado ou que um homem prudente e cuidadoso não teria feito. Claro está que, não obstante a matriz legal da relação jurídica, a construção dos poderes-deveres advém da lei ou de sentença judicial, que, ainda que criem deveres especiais, são alheias à vontade dos sujeitos da relação. Mas dito isto, a relação *peer-to-peer* que se estabelece torna incontornável a similitude com o regime da responsabilidade contratual, que se aplica *ex lege* a relações jurídicas com as quais partilha a característica da especialidade, como é o caso, por exemplo, do instituto da gestão de negócios.

Falamos, assim, de responsabilidade própria das relações especiais, mais reforçada, porque se trata de situações em que a potencial vítima e o potencial lesante estão à partida identificados, o que justifica cuidado acrescido, e, por outro lado, no quadro dessa relação especial, a vítima franqueia ao lesante as portas da sua esfera jurídica¹³. E é neste sentido que se opera a construção dos deveres impostos ao acompanhante, a partir da norma de proteção decorrente do artigo 146.º do Código Civil.

A exigibilidade do acompanhamento e a proximidade entre acompanhante-beneficiário, a partir do objeto do acompanhamento delineado, vão contribuir para a materialização da exigibilidade dos deveres de cuidado a cargo do acompanhante. A relação mais ou menos próxima que se estabeleça e a relação de cooperação ou adesão que o beneficiário manifeste a favor da intervenção do acompanhante serão importantes para aferir do grau de exigibilidade do esforço imposto ao acompanhante. Partindo do critério do artigo 487.º, n.º 2, do Código Civil, as circunstâncias do caso serão determinadas *prima facie* pelo objeto do acompanhamento (artigo 145.º do Código Civil) e pelo dever de contacto (artigo 146.º, n.º 2, do Código Civil). Mas o grau de culpa convoca parte da interconexão com o dever que se impõe ao acompanhante. E este dever é de proteção dos interesses do beneficiário que lhe

¹³ Cf. FRADA, Carneiro da, "Contrato e deveres de protecção", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento XXXVIII, 1994, pp. 271-273.

são confiados. Aqui se incluindo, por exemplo, os interesses patrimoniais, em especial, o conjunto de relações que integram o património e pelas quais o acompanhante será responsável, mesmo por danos puramente patrimoniais. Tal deriva do facto de a fronteira entre responsabilidade delitual e contratual e dos limites à tutela de danos ter na sua génese a determinabilidade dos potenciais lesados e dos limites à liberdade de ação. Segundo SINDE MONTEIRO, «ao direito do delito não repugna pura e simplesmente a reparação deste tipo de danos: repugna sim a afirmação de pretensões delituais em situações em que não possa ser claramente determinado o número ou a extensão das pessoas com direito a uma indemnização»¹⁴.

Sendo o instituto da responsabilidade civil a garantia da relação jurídica a partir da qual se reconhecem direitos e interesses juridicamente protegidos, o mesmo traça o plano a partir do qual se tenderá a solucionar os conflitos entre autor e lesado, pois, no limite, o que está em causa é o problema na distribuição dos danos¹⁵. Trata-se de um verdadeiro conflito material entre bens jurídicos, cabendo às normas jurídicas fornecer o critério de resolução do mesmo. Se o dano é condição *sine qua non* para a existência de uma obrigação de indemnização, não menos verdade é que, não existindo um facto ilícito, aquela só nasce por fonte legal ou contratual. Isto porque podemos ter um lesado sempre que haja dano, mas só haverá transferência da responsabilidade para o autor do facto se o lesado estiver numa posição que o titolare de um direito ou interesse juridicamente protegido que imponha um dever de conduta ao autor. A responsabilidade surgirá por violação deste dever na medida em que se estabeleça um nexo de imputação entre a violação do dever e o dano causado. Se não existir um dever previamente determinado, a autoria do facto danoso não confere *de per se* qualquer direito de indemnização. Isto porque a diferenciação não é no tipo de dano, mas no tipo de relação jurídica emergente do facto voluntário e para que esta se estabeleça tem de existir um dever imposto ao autor da lesão. Resulta de forma inequívoca que a questão do dano e sua indemnização, quando autonomamente consideradas, são irrelevantes do ponto de vista da fonte da responsabilidade, pois as regras da indemnização são unitárias, quer estejamos perante responsabilidade extracontratual, quer contratual. Assim sucede no nosso direito, no qual, independentemente da fonte da obrigação de indemnização, as regras são as mesmas (artigos 562.º e ss. do Código Civil).

Contudo, para que possa emergir a responsabilidade, é necessário que o acompanhante esteja investido no poder-dever de vigilância. E este nem sempre existirá, atenta a natureza plástica da medida. Pense-se nas situações em que o acompanhamento versa apenas sobre um objeto patrimonial e a

¹⁴ Cf. MONTEIRO, Sinde, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra: Almedina, 1989, p. 199.

¹⁵ A este respeito EHRENZWEIG, Albert A. fala em compromisso entre «injurer's law based on the injurer's conduct and an 'injured's' law satisfying the injured» (cf. "Negligence without Fault", *California Law Review*. Vol. 54, No. 4, 1966, pp. 1425-1426).

vigilância não se estenda à pessoa, sem prejuízo dos deveres de cuidado gerais.

Não obstante, será de assinalar a importância da «participação social» e do relevo que ela tem no desenvolvimento da personalidade humana, «pois negar essa possibilidade de participação a algum ou alguns seria o mesmo que os excluir, nessa medida, da convivência societária, seria afirmar uma desigualdade por princípio e, portanto, uma injustiça radical»¹⁶. Desta proposição se retira que os mecanismos compensatórios divisados pelo legislador, assentes, em regra, numa ideia de cuidado e na individualização de um cuidador, podem não cumprir satisfatoriamente esta dimensão positiva do princípio da igualdade, ao negarem uma participação autónoma do indivíduo na vida social.

É certo que as ideias de solidariedade e de cuidado são inarredáveis do discurso de proteção das pessoas com capacidade diminuída; no entanto, é necessário salvaguardar, na maior extensão possível, o livre desenvolvimento da personalidade destes e o exercício da sua autonomia privada. Se «o direito civil é onde as pessoas têm o campo privilegiado para realizarem, nas suas relações recíprocas, em plenitude, a liberdade individual, como expressão natural da sua personalidade»¹⁷, é imprescindível salvaguardar a faculdade de os particulares autorregularem os seus interesses, tanto no campo patrimonial, como no plano pessoal, na medida do possível. E daqui resulta que não é suposto — nem exigível — que o acompanhante elimine o perigo conatural à autonomia e ao exercício da capacidade do beneficiário, que, por regra, é plena. O comando do artigo 12.º, n.ºs 1 e 2, da Convenção de Nova Iorque, assente no princípio da não discriminação consagrado como eixo do sistema de direitos fundamentais no artigo 5.º da mesma Convenção, implica, também, a responsabilidade do beneficiário. Por isso, a justa medida do objeto do acompanhamento será decisiva para franquear o âmbito de responsabilidade que sobre o acompanhante recai. Quanto maiores forem os seus poderes, maior a ingerência nos assuntos e interesses do beneficiário, pelo que maior será a exigência em termos de dever de cuidado, na exata proporção da relevância, natureza e valor do património, ou dos cuidados de saúde e proteção a prestar. Nos primeiros, exige-se uma atuação de acordo com o homem médio que significa, a partir das circunstâncias do caso, uma gestão prudente tendente a uma frutificação normal, bem como o ónus de assegurar, perante um património de risco (p. ex., títulos mobiliários) a celebração dos contratos necessários com terceiros que assegurem a gestão do património, se exigida uma vocação profissionalizante. Nos domínios da saúde e da segurança, tal pode impor a realização dos atos necessários a assegurar a

¹⁶ Cf. SOUSA (nota 8), p. 398.

¹⁷ Cf. FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral Do Direito Civil, Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica*, 3.ª edição revista e atualizada, Vol. I, Lisboa: Universidade Católica, 2001, p. 85.

assiduidade nas consultas médicas, as tomas de medicação, ou mesmo a adoção das medidas necessárias a remover situações de perigo. Será o caso do dever de vigilância perante comportamentos suicidas manifestados pelo beneficiário e que impõem que o acompanhante tome as providências — e com isto realize os atos necessários — a remover essa situação de perigo.

Uma vez que a primeira obrigação do acompanhante é uma gestão que acomode a vontade e os interesses do beneficiário, haverá responsabilidade do acompanhante que viole o dever de cuidado de a respeitar, sendo a mesma vinculativa. Aliás, a violação dos interesses do beneficiário determinará que a ilicitude de uma violação do dever objetivo de cuidado permite presumir, ou, pelo menos, indiciar, a violação culposa do dever. E, como tal, imputar ao acompanhante, que se presume ter atuado com culpa, os danos resultantes da sua intervenção.

IV. A GESTÃO DE NEGÓCIOS. ANALOGIA AO REGIME DE RESPONSABILIDADE DO ACOMPANHANTE?

A. instituto da gestão de negócios e a medida de acompanhamento

Como vimos, o padrão de atuação do acompanhante parte de uma relação individualizada e binária, que implica acompanhante-beneficiário, caso não se constitua o conselho de família (artigo 145.º, n.º 4, do Código Civil). Esta relação, porque pressupõe a assunção da responsabilidade pelo cuidado e o apoio no governo dos interesses do beneficiário, aproxima-se muitas vezes, em casos de falta ou limitação grave da capacidade natural, de uma intervenção sem autorização do beneficiário e, por isso, de certa forma, próxima da gestão de negócios. Como se sabe, o paradigma em que se perspetiva o maior acompanhado significa a inclusão de um sistema de apoio de decisão e não de substituição. No entanto, casos haverá em que se exige ou é necessário uma atuação em nome e no interesse do acompanhante ou, pelo menos, no seu interesses. Ao abrigo do artigo 145.º, n.º 2, alínea e), do Código Civil, é possível que se atribuam poderes-deveres de realizar atos jurídicos por conta do beneficiário, embora o acompanhamento possa ser determinado sem que se prevejam poderes de representação legal.

Segundo PHILIPP HECK, a gestão de negócios pressupõe a defesa de interesses alheios que não se limita a ações negociais jurídicas de carácter económico ou patrimonial¹⁸. Este autor acrescenta que as consequências jurídicas de tal atuação pressupõem a transferência de efeitos resultantes da atuação pelo gestor. Para existir gestão de negócios é necessário que o gestor assuma finalisticamente a gestão e seus efeitos em benefício do dono do negócio. Da verificação destes pressupostos depende o nascimento da

¹⁸ Cf. HECK, Philipp, *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen: Mohr, 1930.

relação jurídica legal da gestão de negócios. Se a mesma resulta de uma atuação lícita ou ilícita, tal será determinado nos termos gerais, sendo que a *bondade* da atuação do gestor não deixará de ser tutelada e sopesada em sede de apreciação de culpa e da conseqüente determinação, ou não, da obrigação de indemnizar (artigo 466.º do Código Civil).

A *intentio* que justifica a intervenção do gestor deve assentar na prossecução de interesses que não seus (pelo menos, diretamente), mas do dono do negócio. Numa relação direta, a gestão de negócios pressupõe uma atuação unidirecional assente na vontade de o gestor acudir imediatamente aos interesses do dono do negócio. Não descuroamos a possibilidade de tal finalidade ter como fim mediato a prossecução de interesses próprios; no entanto, é a necessidade de acautelar primariamente os interesses do dono do negócio que justifica a *violação* da sua esfera jurídica e justifica a intervenção do gestor¹⁹.

A qualificação da atuação como sendo *em gestão de negócios* faz nascer uma relação obrigacional especial, da qual se destaca o regime de responsabilidade do gestor: mesmo que contrária à vontade real ou presumida do dono e/ou seus interesses, só nascerá obrigação de indemnizar se a mesma for culposa à luz do artigo 465.º do Código Civil (não afastando, contudo, o regime de culpa em concreto consagrado no artigo 496.º). Também a obrigação de reembolso ou remuneração só nascerá se a atuação do gestor for lícita (artigos 468.º e 470.º do Código Civil). Isto significa que o instituto em nada interfere com o desvalor da conduta do terceiro enquanto gestor, apenas agrilha uma atuação não autorizada a uma relação jurídica especial com vista a proteger o gestor enquanto «bom samaritano». Para isso, o legislador estabelece limites à atuação do gestor ao impor como regra de conduta uma atuação conforme a vontade real ou presumida e interesses do dono do negócio (em especial, artigo 465.º, alínea *a*), do Código Civil). O juízo de licitude ou ilicitude é autónomo, valendo, quanto a ele, as regras gerais previstas, desde logo, na parte geral do Código Civil. Ou seja, a atuação ao abrigo do instituto da gestão de negócios não exclui a ilicitude da atuação do gestor, apenas estabelece um regime especial no qual só há responsabilidade quando exista culpa, nos termos do artigo 465.º do Código Civil.

No que toca à gestão de negócios enquanto instrumento de suprimento do sentimento, a atuação do gestor não poderá deixar de respeitar e prosseguir os interesses subjetivos do beneficiário, aqui dono do negócio, nos termos acima referidos, não obstante a *fattispecie* da relação jurídica de gestão de negócios não incluir de forma expressa a vontade real ou presumida

¹⁹ Como ensina ALMEIDA COSTA, o instituto de gestão de negócios pretende obter o equilíbrio entre «a necessidade de salvaguardar o princípio de ordem pública que condena as intromissões na esfera pessoal e patrimonial alheia» e o valor da solidariedade de terceiros através de uma «interferência espontânea nos negócios de outrem, a fim de evitar um dano irremediável ao titular do respetivo direito ou obrigação, que devido a ausência ou a impedimento diverso se encontra impossibilitado de providenciar diretamente ou mediante interposta pessoa» (cf. *Direito das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 2016, 12.ª ed., p. 474).

do dono do negócio (a lei fala apenas em *interesse*, no artigo 464.º do Código Civil). Por isso, torna-se necessário decantar qual a finalidade do instituto da gestão de negócios e os limites da autodeterminação do dono do negócio.

Em primeiro lugar, não pode ser imposto ao gestor uma atuação conforme a vontade do dono do negócio se esta for contrária à ordem pública ou aos bons costumes. A compreensão da gestão de negócios como um chapéu que enquadre os factos juridicamente relevantes, num quadro de uma relação especial de fonte legal, pressupõe a liberdade de invocação da existência de uma relação jurídica de gestão de negócios por parte dos interessados. Apesar do carácter *ex lege* da relação jurídica, a mesma depende da iniciativa das partes de convocar o seu chapéu legal. É, por isso, uma relação na disponibilidade daquelas. O beneficiário e o terceiro, a quem caberiam a qualidade de dono do negócio e de gestores, respetivamente, podem recusar a subsunção dos factos à relação jurídica de gestão de negócios e enquadrar a sua atuação no quadro de uma outra relação jurídica, por exemplo, em sede de responsabilidade extracontratual.

Daí a autonomização dos pressupostos constitutivos da gestão de negócios em relação às causas de justificação, bem como a circunstância de o dever do gestor ter como limite a lei, a ordem pública e os bons costumes. Ou seja, os deveres do gestor, no respeito pelos interesses subjetivos do dono do negócio, têm como limite os princípios e valores fundamentais igualmente limitadores da autodeterminação do beneficiário²⁰.

B. Pressupostos constitutivos da relação de gestão de negócios

O Código Civil faz depender o nascimento de uma relação jurídica de gestão de negócios dos seguintes requisitos²¹: (a) direção de um negócio alheio — a alienidade do negócio em relação à esfera de interesses do ges-

²⁰ A solução resulta da imposição do princípio da unidade jurídica e da conseqüente necessidade de acautelar a coerência do sistema. Se uma atuação contrária à lei (artigo 294.º do Código Civil), ordem pública ou bons costumes (artigo 281.º do Código Civil) não é justificada pelo consentimento (artigo 340.º, n.º 2, do Código Civil), também não o poderá ser pela gestão de negócios, cujo carácter é subordinado às causas de justificação gerais.

²¹ Ver, *inter alia*, SERRA, Vaz, "Gestão de negócios" in *Boletim do Ministério da Justiça*, 66, 1957; COELHO, Pereira, *Obrigações. Sumários das lições ao curso de 1966/67*, Coimbra: s.n., 1967; "O enriquecimento e o dano", Separata da *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, anos XV e XVI, 1970; ALARCÃO, Rui, *Direito das Obrigações*, Coimbra: s.n., 1983; LIMA, Pires e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado* (artigos 1.º a 761.º), vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1987; GOMES, Júlio Vieira, "A gestão de negócios, um instituto jurídico numa encruzilhada", Separata do Vol. XXXIX do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1994, "A gestão de negócios: «a Oeste nada de novo?»", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007; LEITÃO, Menezes, *A Responsabilidade do Gestor perante o Dono do Negócio no Direito Civil Português*, Coimbra: Almedina, 2005; VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2000 (10.ª ed.), TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010 (7.ª ed.); CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII (Direito das Obrigações — Gestão de Negócios, Enriquecimento sem Causa, Responsabilidade Civil), Coimbra: Almedina, 2016.

tor de negócios; (b) a realização de um ou mais atos, sejam estes negócios jurídicos, simples atos jurídicos, puros atos materiais e ainda que estes não tenham relevo patrimonial e económico; (c) a gestão ser feita no interesse e por conta do dono do negócio — pelo que o ato e respetivos efeitos se repercutem na esfera jurídica do dono do negócio, exigindo-se para tal consciência e vontade de gestão e, entendemos, no interesse (ainda que não necessariamente exclusivo) do dono do negócio; e (d) a falta de autorização — ausência de qualquer legitimação para agir, ou seja, não existência de uma obrigação civil especial, tenha como fonte um negócio jurídico ou a lei, independentemente da natureza privada ou pública da relação.

A respeito da *falta de autorização*, cremos que se encontra preenchido este pressuposto quando o gestor assuma a gestão sem que entre este e o dono do negócio exista uma relação jurídica especial prévia, fonte de um dever especial. Esta relação tanto pode ser de natureza privada ou pública — o que releva é se na situação existe ou não uma relação especial prévia aos factos constitutivos da gestão de negócios que impunham ao gestor o dever de agir. Se este dever de agir decorrer de deveres jurídicos genéricos ou morais, então, a atuação da pessoa será enquanto gestor, logo o seu comportamento será suscetível de ser enquadrado no instituto da gestão de negócios.

A amplitude e conseqüente plasticidade do instituto da gestão de negócios permitem, por força da cláusula geral, integrar juridicamente a atuação de um qualquer terceiro, para lá da sua esfera de legitimidade. Dizemos *ex novo*, porque inexistente negócio jurídico prévio ou norma legal atributiva de poderes de representação (quer em termos de legitimidade genética ou subseqüente) ou de autorização à atuação do gestor ou ainda de uma qualquer relação jurídica legal prévia entre ambos que imponha um dever de agir ao gestor. Este enquadramento permite ao gestor legitimar a sua intervenção para lá dos poderes de representação e deveres assumidos pelo mandato ou, ainda, uma atuação além dos poderes de representação legal ou dos poderes conferidos pelo acompanhamento ou mesmo dos poderes conferidos ao abrigo de uma relação jurídica de direito público. Todavia, a legitimidade aqui referida é sempre enquanto gestor sem poderes de representação.

A irresponsabilidade do gestor, no início da gestão, na prossecução e na interrupção desta, está dependente de a sua atuação ser conforme à vontade ou interesse do dono do negócio que lhe era conhecida ou exigível conhecer. O interesse objetivo é o pressuposto fundamental para o nascimento de uma relação jurídica especial, mas não bastante para excluir a responsabilidade por danos causados por causa da gestão. A dicotomia interesse objetivo *versus* interesse subjetivo tem como consequência, quanto ao primeiro, o nascimento da relação jurídica e, quanto ao segundo, a responsabilidade pelos danos imputados à gestão e o direito de remuneração e reembolso. Por isso, é decisivo que o interesse objetivo, enquanto pressuposto da gestão de negócios, deva justificar a necessidade da intervenção, ou seja, a necessidade de salvaguardar os interesses do beneficiário, pois sem aquela não poderemos

estar perante uma gestão de negócios. O que distingue uma situação em que há autorização de outra em que não a há não é a fonte do dever ser legal ou negocial, mas o facto de o dever de agir se encontrar diretamente vinculado a um interesse individual determinado ou a um interesse comunitário juridicamente relevante. Só no primeiro é que há autorização para agir. Nos casos em que exista um dever de auxílio, este impõe-se por força da proteção de interesses jurídicos relevantes ao ponto de quebrar o individualismo com vista ao estabelecimento de uma comunidade solidária. A quebra desta solidariedade, quando injustificada, implica que a omissão do dever de auxílio seja tão grave quanto um comportamento violador do direito por ação, isto para efeitos de ilicitude. Todavia, o cumprimento de tal dever advém primordialmente de uma atuação conforme as exigências de tutela objetiva de bens jurídicos e não da posição individual do seu titular.

A intervenção do gestor sem a prévia obtenção de um consentimento ou autorização eficaz só existe, ou só subsiste, se previamente não for contrária à vontade e interesses subjetivos do beneficiário, tendo aquele conhecimento desta. O nascimento da relação jurídica de gestão de negócios não exclui a responsabilidade do gestor, assim como, no que toca ao suprimento da incapacidade no exercício de um direito de personalidade, não basta a demonstração do *animus* do gestor.

Ao atuar ilicitamente (em termos objetivos), o gestor estará obrigado a indemnizar o dono do negócio se, em sede de apreciação do elemento culpa, conhecia ou lhe era cognoscível a vontade real ou presumida daquele. E este conhecimento ou desconhecimento da vontade real ou presumida será apreciado autonomamente para efeitos de culpa, nos termos do artigo 487.º do Código Civil. Desta feita, será apreciada em sede de responsabilidade por culpa a exigibilidade do conhecimento da vontade real, prospetiva ou presumida.

No entanto, como já foi referido, o nascimento da gestão de negócios depende da verificação da necessidade da gestão, que se irá traduzir no elemento objetivo *utiliter coepta* e que é pressuposto constitutivo daquela. O dever de conhecer os interesses subjetivos do beneficiário pressupõe que o conhecimento da manifestação de uma vontade real, seja por consentimento atual ou diretiva antecipada de vontade, afasta a necessidade da gestão de negócios no quadro do suprimento da incapacidade natural. Logo, não nasce qualquer obrigação de reembolso das despesas e remuneração do gestor a cargo do dono do negócio, nos termos dos artigos 468.º e 470.º do Código Civil, porque não há gestão de negócios. Não basta, portanto, a verificação da *utilidade da gestão* em conformidade com os melhores interesses para fundar o nascimento da relação jurídica de gestão de negócios.

Igual consideração se estende para o exercício de poderes de representação legal. Apesar de se qualificarem os poderes do representante legal como direitos ou poderes funcionais, não é afastada a possibilidade de se chamar à colação a gestão de negócios, em particular, perante a delimitação dos poderes de representação a áreas específicas do beneficiário. Até à revisão

da medida de acompanhamento, a atuação do acompanhante enquadra-se na relação e gestão de negócios.

A atuação do gestor não poderá decorrer como efeito ou conteúdo funcional de qualquer relação jurídica, isto é, a falta de autorização pressupõe «a inexistência de qualquer relação jurídica entre o dono do negócio e o agente, o que confira a este o direito ou lhe imponha o dever legal de se intrometer nos negócios daquele»²². Apesar do espírito *altruístico* e *solidário* do instituto da gestão de negócios, o gestor, uma vez iniciada a sua atuação, não pode livremente cessar a sua atuação. A interrupção injustificada implica a responsabilização do gestor perante o dono do negócio, nos termos do artigo 466.º, n.º 1, *in fine*, do Código Civil. A continuação da gestão pressupõe, no entender de ANTUNES VARELA, «o dever de a continuar até que o negócio chegue a bom termo ou o dono possa prover por si mesmo»²³, evitando, assim, *intromissões fáceis e precipitadas*.

Incorpora ainda a noção de negócio alheio a ideia de ausência de legitimidade, não só *voluntária* do dono do negócio, mas igualmente *legal* ou *judicial*. A ausência de autorização é um dos elementos distintivos em relação ao contrato de mandato. Fala-se a este respeito da não existência de uma relação jurídica entre dono do negócio e gestor que imponha a este um dever jurídico de atuar em benefício daquele.

A necessidade assente na verificação de um interesse objetivo deve ser apreciada tendo em conta não só a gravidade dos potenciais danos, mas também a existência de um perigo (ou, pelo menos, de um risco sério) para os interesses do dono, sempre confrontada com um exercício análogo de opções entre agir e não agir e como agir. Ao resultar numa interferência na esfera jurídica do dono do negócio, vale chamar à colação o princípio da proporcionalidade. A intervenção não autorizada de um terceiro pressupõe sempre a intromissão na esfera jurídica alheia (correspondendo à violação objetiva da obrigação passiva universal quando falamos dos domínios dos direitos de personalidade ou direitos reais) e, por isso, deve ser uma intervenção contida. A atuação do gestor deve ser validada pelos testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito em função do fim prosseguido.

É ainda necessário, como vimos, que o gestor atue *intencionalmente* no interesse e por conta do dono do negócio e não em exclusivo proveito próprio (elemento subjetivo, *animus*). Contudo, não é necessário que atue em nome do dono do negócio, em particular, quando o instituto é chamado a suprir a falta ou limitação da capacidade natural, limitando-se o gestor a autorizar a intervenção e a chamar a si as consequências jurídicas do ato realizado. O gestor terá de manifestar «intenção de atingir para este [dono do negócio] um resultado útil e não [um] resultado conseguido»²⁴.

²² Cf. VARELA (nota 21).

²³ Cf. VARELA (nota 21).

²⁴ Cf. JORGE, Pessoa, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Lisboa: AAFDL, 1975/76.

Neste requisito assenta o substrato do regime da gestão de negócios que valida e legitima a atuação do gestor na intromissão da vida do dono do negócio, pois só a intervenção pautada por critérios altruístas é que releva. Cabe ao gestor enquadrar, uma vez iniciada a gestão de negócios, a sua atuação conforme o interesse e a vontade, real ou presumível, do dono do negócio (artigo 465.º, alínea *a*), do Código Civil) — desde que não se demonstre ser conhecida daquele esta vontade real ou prospetiva.

Conforme referido, a atuação do gestor tem de se conformar e respeitar a vontade *real* ou *presumida* e os interesses do dono do negócio (artigo 465.º, alínea *a*), do Código Civil), considerando-se culposa a atividade do gestor quando assim não proceda, nos termos do n.º 2 do artigo 466.º do Código Civil. Cumpre, então, determinar quais os critérios pelos quais avaliamos e determinamos os interesses e a vontade do dono do negócio. Partindo da natureza objetiva dos interesses, em contraposição com a subjetividade que resulta da vontade real ou presumida, podemos dizer que o critério vetor da atividade do gestor terá de ser sempre pautado pela ideia dos melhores interesses do dono do negócio — verificada a necessidade de suprir o consentimento —, salvo se o gestor conhecesse a vontade real ou tivesse fortes indícios da sua vontade presumida. Na medida do possível, e quando a vontade não seja expressa em sentido contrário (ou, sendo-o, seja contrária à lei ou à ordem pública ou ofensiva dos bons costumes), serão os interesses objetivos o critério-guia pelo qual se aprecia a necessidade da atuação do gestor e o controlo desta. Não basta uma mera intenção *subjetiva* do gestor, é necessário que a sua conduta, objetivamente compreendida, seja conformada pelos interesses do dono do negócio, sendo certo que, para o juízo de apreciação da culpa daquele, já a análise será feita pela culpa em concreto.

Por isso, «havendo várias formas de satisfazer *objetivamente* o interesse do dono do negócio, ao gestor cumpre escolher a que melhor se adapte à vontade presumível dele. Havendo dúvidas sobre a vontade real ou presumível do *dominus*, o gestor optará pela solução que melhor sirva os interesses em causa, contanto que não saia do quadro de soluções que essa vontade comporta»²⁵, atendendo às circunstâncias concretas do caso. Isto significa que, autonomizando a apreciação da licitude da conduta do gestor, este tem o ónus de determinar a verificação dos pressupostos para assumir finalisticamente uma conduta como lícita. Não basta invocar a atuação de acordo com os melhores interesses se o gestor não levar a cabo atos instrumentais conducentes e possíveis de adotar com vista à determinação da vontade real ou presumida.

Os interesses do dono do negócio apresentam-se como critérios-guia da atuação do gestor. Sempre que exista uma vontade validamente formada e expressa (aqui no sentido de conhecimento de todas as circunstâncias) do

²⁵ Cf. VARELA (nota 21).

dono do negócio que se oponha aos seus interesses objetivos, deverá o gestor abster-se de continuar a atuar, a não ser que a vontade ainda se enquadre num dos interesses legítimos a atender. Enquanto regra de conduta, a justificação genética da atuação do gestor nos termos do artigo 464.º do Código Civil e a conseqüente necessidade de suprir o consentimento dependem da legitimação à luz da vontade real ou presumida do dono do negócio (artigo 465.º, n.º 1, alínea a), do Código Civil).

Qual será, no entanto, a posição a adotar quando se está perante alguém que não tem capacidade natural bastante para o facto objeto da gestão assumida pelo gestor? Tratando-se de uma falta ou limitação da capacidade natural, não há diferenças face ao regime geral.

No entanto, quando o beneficiário seja objeto de uma medida de acompanhamento, a situação não é tão líquida. Os poderes de representação legal atribuídos ao acompanhante, além da matriz de cuidado que estrutura e vincula o acompanhamento, são poderes-deveres funcionalizados aos interesses do beneficiário (aqui se incluindo o respeito pela vontade e interesses subjetivos deste), sendo por estes objetivada a atuação do acompanhante. Partindo desta premissa, podemos concluir que o ponto de partida, quer para o gestor, quer para o acompanhante com poderes de representação legal é o mesmo: uma atuação pautada pela prossecução e por conta dos interesses do beneficiário. No entanto, quanto à aptidão e ao conhecimento global dos interesses do beneficiário, o acompanhante será o que, à partida, se encontra mais bem colocado para os conhecer (constitui um dever estabelecer um vínculo de proximidade com o beneficiário, artigo 146.º, n.º 2, do Código Civil). Além do mais, se a ideia é a salvaguarda dos interesses do dono do negócio, atribuindo este instituto relevância à solidariedade e à conduta altruística das pessoas, partindo do pressuposto de que a atuação decorre de uma situação de *necessidade*, com vista à evicção de prejuízos ou perigos, só podemos concluir que esta necessidade é mais premente quando em causa estejam situações de perigo para os interesses do beneficiário que se encontra sem aptidão para os remover. O gestor deve, por isso, informar, logo que possível, o dono do negócio da sua intervenção, aqui incluindo o beneficiário e seu acompanhante. A existência de um interesse objetivo não é *per se* suficiente, caso seja conhecida a vontade real ou determinável a vontade presumida do dono do negócio.

Em termos de conceção finalística da ação humana, a construção do instituto da gestão de negócios, quando em causa estejam interesses de pessoa com falta ou limitada capacidade natural, pressupõe que o gestor inicie a sua atuação em conformidade com o «melhor» interesse do dono do negócio (*animus*) se a ele não se opuser a sua vontade (*utiliter coepter*). É a necessidade que valida a atuação discricionária do gestor e que assegura que não existe uma intervenção excessiva na esfera jurídica alheia. Na ausência de garantias sólidas quanto à aferição da vontade real ou presumida e confrontado com os riscos da atuação ou não atuação, a necessidade justifica a intervenção de acordo com os melhores interesses (por critérios objetivos)

por parte do gestor. Todavia, não se pode admitir que, conhecendo-se a vontade real ou presumida (dentro do quadro factual fornecido pela circunstância concreta do caso) do beneficiário, seja possível legitimar uma intervenção do gestor contrária ao querido por aquele.

Atendendo aos trabalhos preparatórios desenvolvidos por VAZ SERRA, aparentemente não existe uma distinção entre o regime do consentimento presumido e a gestão de negócios. Também podemos concorrentemente subsumir uma situação de facto ao instituto da gestão de negócios e ao estado de necessidade. Esta posição demonstra que o instituto da gestão de negócios, enquanto fonte de obrigações, corresponde à regulação especial de uma relação jurídica, não se substituindo ou preferindo à regulação de outras relações resultantes de um direito absoluto (como simples causa de justificação da ilicitude) ou de um direito funcional (responsabilidades parentais ou acompanhamento). Há, por isso, uma relação de concorrência, mesmo que se verifiquem os elementos subjetivos e objetivos constitutivos da gestão de negócios. Citando o autor, no «caso de alguém se intrometer nos interesses alheios, mas no bem entendido interesse do lesado e de acordo com a sua vontade real ou presumível. Há aqui uma gestão de negócios, ou, pelo menos, uma situação análoga». Concluindo que «quando as pessoas, cujos negócios carecem de gestão, não se encontram em situação de os gerir, concorda com os princípios da gestão de negócios que se autorize um terceiro a assumir essa gestão, desde que esta se realize no bem entendido interesse do dono e de acordo com a sua vontade real ou presumível»²⁶. No entanto, a subsunção da relação no instituto da gestão de negócios apresenta vantagens consideráveis, quanto à proteção quer do gestor, quer do dono do negócio, ao prever um leque de obrigações recíprocas que tutelam cada uma das posições jurídicas de forma mais completa [p. ex., prestar contas (artigo 465.º, alínea c), do Código Civil), direito ao reembolso (artigo 468.º do Código Civil)].

Como vimos, a gestão de negócios pretende determinar os limites e sede de responsabilidade de quem atua sem autorização na esfera jurídica de outra pessoa e segundo a qual resulta um risco de heterodeterminação dos interesses do dono do negócio. Esta questão torna-se líquida quando a atuação de um gestor, de acordo com os melhores interesses do dono do negócio, contraria intencionalmente a vontade real ou presumida daquele. Nestes casos, apesar de continuar a coberto do regime da gestão de negócios (verificando-se a necessidade desta), não deixará de ser uma atuação ilícita *ab initio* e geradora de responsabilidade, agora não à luz do artigo 483.º, mas do artigo 466.º do Código Civil, sendo que o conhecimento ou cognoscibilidade da vontade do dono do negócio será relevante em sede de apreciação de culpa. Aquele que atua sem autorização terá de pautar a sua iniciativa e critérios de decisão em conformidade com o apuramento da vontade real e presumida, nos termos do artigo 487.º, n.º 2, conjugado com o artigo 466.º, n.º 2, do Código Civil.

²⁶ Cf. SERRA (nota 21).

O regime de responsabilidade do gestor é, por isso, alternativo ao regime da responsabilidade extracontratual (artigo 483.º do Código Civil). E, neste sentido, a partir da especial vinculação da atuação do acompanhante, em especial, no respeito pela vontade e interesses do beneficiário, dentro dos poderes-deveres fixados na medida de maior acompanhado, serve de critério concretizador do dever de cuidado e da apreciação da culpa.

A tensão dialética entre a liberdade do dono do negócio e a admissibilidade da interferência de terceiros é que justifica a previsão do regime especial de culpa. Todavia, ainda que a atuação não seja culposa por parte do gestor, a mesma não deixará de ser ilícita se contrária à vontade real ou presumida, pelo que podem o dono do negócio, o seu representante ou outro terceiro invocar a gestão de negócios contra o gestor que, apesar de atuar em conformidade com os interesses do dono, vai contra a vontade real ou presumida.

Dito isto, ainda que efetivamente a gestão de negócios, ao contrário do enriquecimento sem causa, não dependa da verificação do requisito da subsidiariedade, não deixa de ser relevante, para efeitos de licitude da atuação do gestor, a necessidade da gestão, no caso que curamos, para o suprimento da falta de capacidade para autonomamente agir.

O instituto da gestão de negócios, como vimos, pressupõe a intromissão na esfera jurídica do dono do negócio (ainda que possa ser lícita). Está na sua génese e *fattispecie*. Havendo autorização para atuar, ou seja, tendo o agente legitimidade para interferir na esfera jurídica alheia, não estamos perante gestão de negócios, antes no âmbito de uma outra relação jurídica. Para efeitos de responsabilidade do gestor, o conhecimento ou cognoscibilidade da vontade real ou presumida releva a título de culpa, no entanto não se confunde com a necessidade da atuação do gestor. Isto significa que a pessoa que atue conforme os melhores interesses do dono do negócio, sem que haja necessidade de suprimento da incapacidade, estará sujeita à responsabilidade nos termos gerais do artigo 483.º e seguintes do Código Civil. Aqui entram, por isso, as causas gerais de justificação da ilicitude, entre outras, o consentimento presumido e o estado de necessidade.

Nas referidas causas reside a justificação da intervenção e da exclusão da responsabilidade pelos danos causados. Uma vez que a gestão de negócios é uma fonte de relações obrigacionais, até à atuação do terceiro não existia qualquer vinculação entre gestor e dono do negócio que impusesse àquele um dever de agir, pelo que só quando a situação demonstrar a necessidade da intervenção é que se poderá excluir a ilicitude da mesma. Sendo lícita, então, pode o gestor inclusive ser reembolsado das despesas ou até mesmo ser remunerado (sem que com isso bula com as particularidades existentes noutras relações jurídicas, como é o caso do acompanhamento, onde se prevê a sua gratuidade — artigo 151.º do Código Civil). A necessidade da intervenção prende-se com a justificação da «lesão» à liberdade do dono do negócio, sem a qual não se encontra, *ab initio* e durante a gestão, excluída a responsabilidade do gestor.

Neste ponto, a gestão de negócios, pela sua inserção sistemática, corresponde ao nascimento, por força da lei, de uma relação jurídica especial entre o dono do negócio e o gestor, mas *per se* não justifica qualquer atuação, antes impõe deveres de conduta especiais àquele que assume o negócio de outrem sem autorização. Isto significa que a atuação em conformidade com o interesse do beneficiário, e desde que assumidamente a título de gestão de negócios, não é bastante para justificar a licitude da atuação (quando muito poderá ser em sede de culpa).

Desde o início do facto voluntário constitutivo da gestão de negócios que recai sobre o putativo gestor um dever de respeitar a vontade real ou presumida do dono do negócio e prosseguir os seus interesses, sob pena de assumir a obrigação pelos danos causados. E esse dever é tanto maior quando é conhecida ou cognoscível a situação de capacidade diminuída e dela parte o fundamento da necessidade de gestão. É, portanto, a vontade real ou presumida um dos requisitos legais para a regularidade da gestão de negócios. A vontade presumida, nos termos prescritos do artigo 465.º, alínea a), do Código Civil, qualifica-se como norma de proteção dos interesses e vontade do dono do negócio e reserva da sua autodeterminação. Numa interpretação conforme o artigo 12.º, n.º 2, da Convenção (disposição que goza de efeito direto), a gestão de negócios, por causa da necessidade de gestão de interesses de pessoa com deficiência, não pode ser um móbil para a substituição da vontade do beneficiário, antes um instrumento de inclusão dessa mesma vontade e que pode prevalecer se idóneo a salvaguardar os interesses pontuais ou duradouros do beneficiário em prevalência face à medida de acompanhamento.

V. CONCLUSÃO

A concretização dos deveres de cuidado emergentes da relação de acompanhamento e o regime de responsabilidade do acompanhante são ainda campos por explorar e estudar. Isto porque, mesmo considerando a remissão para a tutela de crianças (artigo 1945.º, n.º 1, do Código Civil), enquanto regime supletivo, ficam por determinar os critérios que densificam o dever de cuidado e culpa do acompanhante, mantendo-se pertinente as considerações aqui tecidas.

O ensejo do presente trabalho foi discorrer acerca das possíveis vias de interpretação, sem pretender dar soluções acabadas, mas antes contribuir para a discussão de como se deve enquadrar a responsabilidade do acompanhante perante um modelo de medida que pressupõe a participação ativa do beneficiário e, na medida da sua capacidade, pode vincular a atuação do acompanhante. Se é certo que tendemos para reforçar a vontade e os interesses subjetivos do beneficiário como bordão de atuação, sendo modelar o regime da responsabilidade da gestão de negócios, casos há em que a vontade viciada do beneficiário impõe uma atuação aparentemente contrária a

este, como exigência de uma atuação diligente e necessária a remover o perigo gerado pela falta ou limitação de capacidade do beneficiário.

Fica, por isso, lançada a primeira pedra, para um estudo que se pretende mais aprofundado e desenvolvido.