

O CONTEÚDO DA RELAÇÃO DE CUIDADO: OS PODERES-DEVERES DO ACOMPANHANTE, SUA EFICÁCIA E VALIDADE

GERALDO ROCHA RIBEIRO

Resumo: o presente trabalho é uma incursão à determinação do objecto da relação de acompanhamento, atenta a posição do acompanhante na garantia dos direitos e interesses do beneficiário. Será desenvolvido o conteúdo de alguns dos principais poderes-deveres do acompanhante, bem como a eficácia e validade dos actos, de natureza patrimonial, por si realizados em nome daquele.

Palavras-chave: dever de cuidado; representação legal; abuso de representação; representação sem poderes.

1. INTRODUÇÃO

A aprovação da Lei n.º 49/2018, de 14-08, revogou o regime das incapacidades jurídicas de interdição e inabilitação previsto no CC¹ e introduziu a medida do maior acompanhado. Esta alteração trouxe consigo uma nova relação jurídica que, ainda que não seja de natureza familiar (artigo 1576.º do CC), com ela conflui numa dimensão ampla do que se entende por Direito da Família e das relações de solidariedade que advêm das relações familiares (artigo 143.º, n.º 2, do CC).

Esta nova relação comporta como vector axial o dever de cuidado, independentemente do âmbito de atribuições fixado (artigo 140.º do CC). É ele que materializa o padrão de comportamento do acompanhante e é a partir dele que se syndica a actuação deste em prol da defesa da autodeterminação, interesses e inclusão do beneficiário. Tal convoca uma dúplice função deste dever: potenciar a autodeterminação e competência para agir (dar condições de efectivo exercício de capacidade jurídica) e salvaguardar o beneficiário de comportamentos auto-lesivos resultantes das limitações à sua capacidade. O propósito do presente trabalho é, numa primeira abordagem exploratória, descortinar o objecto desta relação e os limites ao exercício dos poderes do acompanhante.

* O texto observa a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990.

¹ As siglas CC e CPC significam Código Civil e Código de Processo Civil, respectivamente.

2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE: INCLUSÃO E CUIDADO

Os artigos 3.º e 12.º, n.º 2, da Convenção², em conjunto com o artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, particularizam a proibição da não discriminação em razão da deficiência. A promoção e garantia de igual capacidade significam uma refracção daquele princípio ao nível das relações horizontais. Há, por isso, um efeito directo que se impõe não apenas às entidades públicas, mas também aos particulares que interagem com o beneficiário. Garantir e reconhecer igual capacidade implicam efectivar a participação e acção jurídica do beneficiário, tanto para o acompanhante que se encontra (como veremos) vinculado à vontade, interesses e desejos do beneficiário — dos quais depende a sua legitimidade de acção —, como para terceiros com quem o beneficiário e acompanhante interajam.

A necessidade de salvaguarda do beneficiário, atento o binómio autonomia-protecção, coloca dificuldades práticas, na medida em que se torna difícil aferir dos limites da autodeterminação responsável do beneficiário ou da necessidade de intervenção do acompanhante. Na dimensão interna da relação, a não concretização de uma vontade, interesse ou desejo manifestado pelo beneficiário autodeterminado representaria uma violação da sua capacidade jurídica, com a consequente discriminação da pessoa em razão da deficiência. Não sendo a capacidade de uma pessoa um valor absoluto, as margens de autonomia e vulnerabilidade confluem com o esforço de se separar entre a necessidade da medida de acompanhamento — o apoio do acompanhante como factor de inclusão na realização da esfera de interesses do beneficiário — e a manifestação (mesmo que residual) da autonomia na afirmação dos seus direitos e interesses. O princípio da igualdade exige que o cuidado respeite a esfera de autodeterminação dos beneficiários, mesmo que tal vinculação possa, em termos de melhores interesses objectivos, representar uma solução não ortodoxa ou objectivamente contrária à situação do beneficiário.

Mesmo nas situações em que a vontade ou desejo manifestado seja viciado pela condição de deficiência, nem por isso é de todo irrelevante. A preservação da capacidade jurídica e a recusa de um modelo de substituição exigem a conformação da actuação do acompanhante e o que se entende por melhores interesses objectivos do beneficiário. Há lugar a um esforço de concordância prática entre uns e outros, porque não se pode descartar a relevância da concretização dos próprios interesses do beneficiário, o destinatário último dos efeitos da decisão tomada pelo acompanhante. A decisão racionalmente óptima, enquanto processo de decisão que sopesa todas as circunstâncias na sua tomada, vantagens e desvantagens, não pode escamotear a existência de uma margem de subjectividade na decisão a tomar.

² Identifica-se como Convenção a «Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência», aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 30-07, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30-07.

A igualdade exprime-se também no acantonar dos caprichos e interesses próprios da pessoa que levam a decisões, quando avaliadas sobre um parâmetro objectivo, como não sendo as melhores. No entanto, resultam da manifestação da vontade, mesmo que *imperfeita*, e enquanto tal devem ser reconhecidas com os limites de um prejuízo claro ou grave para o beneficiário. Esta dimensão é prevalente na esfera patrimonial, sendo mitigada quando estejam em causa direitos pessoalíssimos. Nestes, salvo as situações de incapacidade jurídica de gozo, não há substituição de decisor, há um sucedâneo que justifica a intervenção. Mesmo com o apoio do acompanhante, um beneficiário deve ter a oportunidade de tomar decisões objectivamente irracionais, desde que sem consequências sérias.

O ponto de partida passa por entender a pessoa como ser dinâmico e não numa perspectiva estática, o que implica o respeito pelo autodeterminado projecto de vida da pessoa e a sua realização. À pessoa é reconhecida e irradiada na ordem jurídica a liberdade de autodeterminação consciente e conformadora da sua personalidade.

Do artigo 26.º, n.º 1, da Constituição retiramos os dois sentidos normativos do direito ao desenvolvimento da personalidade humana: um mecanismo imediato de protecção geral da personalidade humana — em particular, reconhecendo um direito geral de personalidade — e um direito geral de liberdade. Nestes assentam os pressupostos-base para o surgimento de uma individualidade autónoma e livre.

A tutela da individualidade e autonomia surge como «imperativo constitucional de tutela ao livre desenvolvimento da personalidade»³. Mune-se a ordem jurídica, por imposição da autonomia ética humana, de mecanismos que permitam absorver a multiplicidade e diversidade das manifestações da personalidade humana, assimilando a pessoa como uma concretização contínua e presente, assegurando as condições e manifestações da pessoa no seu *ser* e no seu *dever*.

3. NECESSIDADE E ESPECIFICAÇÃO

A medida de acompanhamento pressupõe a constituição de uma relação jurídica fiduciária de cuidado dos interesses e direitos do beneficiário. Esta relação pressupõe, necessariamente, a inclusão do beneficiário no processo de decisão e governo dos seus interesses e assuntos. Qualquer que seja o âmbito do objecto da medida de acompanhamento, o princípio é de reconhecimento de capacidade de agir e remoção das barreiras sociais para a tomada de decisão do próprio beneficiário. Claro está que as limitações emergentes da situação clínica e condicionantes sociais podem determinar um grau de

³ Cf. PAULO MOTA PINTO — “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, in *Portugal-Brasil Ano 2000* (Coimbra: Coimbra Editora, 1999), p. 183.

ineptidão ou limitação que frustrem, em parte, a medida de apoio e inclusão para tomada de decisão autónoma.

Estas necessidades funcionalizam-se à promoção de autonomia e bem-estar do beneficiário, que partem do respeito pela vontade, interesses e desejos manifestados, sendo estes vinculativos para a actuação do acompanhante, exigindo desta o envolvimento, participação e informação do beneficiário. Para tal é necessário um envolvimento pessoal e de proximidade com o beneficiário, em especial, perante a importância e gravidade dos interesses em causa. Serão parte integrante da relação de cuidado a protecção e promoção dos direitos e interesses à vida, saúde e património do beneficiário.

A relação de cuidado que emerge do acompanhamento é distinta do cuidado material ou de facto. Os actos materiais de cuidado e supervisão diária do beneficiário, as prestações de cuidados de saúde não constituem o objecto do acompanhamento, antes os poderes-deveres que asseguram a realização destes actos materiais de cuidado. A figura do acompanhante é de um verdadeiro curador dos interesses do beneficiário. Não se limita a estar ao lado, antes se exige dele um papel activo no afastamento de perigos e afirmação e promoção do exercício de direitos e realização da plena cidadania do beneficiário. Aqueles actos materiais de cuidado podem coincidir como deveres do acompanhante, mas o que se exige destes é que assegurem, enquanto garantes do cuidado do beneficiário, a sua efectivação. Ao acompanhante exige-se a organização dos meios para suprimento das necessidades do beneficiário, contudo, em princípio, não é a ele que caberá prestar o cuidado material.

4. PADRÃO DE CONDUTA

O dever de cuidado exigível é determinado a partir de um padrão objectivo. Assim resulta do critério jurídico previsto para a tutela (artigo 1935.º, n.º 2, do CC), como a apreciação da culpa (artigo 487.º, n.º 2, do CC). Atendendo ao facto de nem sempre o acompanhamento prescrever poderes de representação legal ou administração, o critério a aplicar deverá ser o geral da culpa, com a correcção de que a actuação conforma uma posição de garante dos interesses do beneficiário, e por isso um dever especial. Esta dimensão tem como consequência primeira o respeito pela vontade, interesses e desejos do beneficiário e a obrigação de promover o seu bem-estar e acautelar as suas necessidades. A responsabilidade do acompanhante será tanto maior quanto a necessidade do beneficiário, atendendo, claro está, aos recursos económicos deste e às possibilidades daquele. O padrão de conduta surge como algo poroso e de carácter relativo. O carácter indeterminado do conceito confere fluidez à determinação do comportamento exigível para salvaguardar os interesses do beneficiário, que terá sempre de ser validado pelo princípio da igualdade, ou seja, pela consideração de que, perante as circunstâncias, o cuidado exigível tome por referência outra pessoa na situação do acompanhante. Este grau de

exigência é replicado com maior intensidade perante situações em que o acompanhante exerce funções ou tem responsabilidade no cuidado material do beneficiário (casos em que o acompanhante é o funcionário ou director da instituição e é, enquanto tal, chamado a desempenhar essas funções).

5. (ALGUNS) PODERES-DEVERES DO ACOMPANHANTE

5.1. Deveres de cuidado (prestação matricial da relação de acompanhamento)

O acompanhante tem como principal dever promover a capacidade e autonomia do beneficiário e promover o seu bem-estar. Segundo o artigo 140.º do CC, o «bem-estar, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres». Esta norma tem de enquadrar e materializar o artigo 12.º, n.º 3, da Convenção das Nações Unidas. O bem-estar, ainda que figure em primeiro, está subordinado aos interesses subjectivos do beneficiário. Não é um ónus, antes um verdadeiro dever, respeitar a vontade, interesses e desejos do beneficiário dentro da sua capacidade. Isto significa que a actuação danosa do acompanhante em violação deste dever gera a sua responsabilidade civil (artigo 483.º, n.º 1, do CC). Estamos perante uma norma de protecção que visa garantir a autodeterminação e a capacidade e, conseqüentemente, a dignidade do beneficiário — igual dignidade, sem discriminar em razão da deficiência. Estes interesses tanto vinculam as manifestações de vontade e desejos actuais, como anteriores (sendo de destacar as directivas de vontade antecipada, aqui entendidas num sentido amplo e não somente nas previstas para os cuidados de saúde).

Outra dimensão do dever de cuidado é a obrigação do acompanhante de contribuir activamente para a promoção da autonomia e bem-estar do beneficiário. Deve ter uma conduta pró-activa na definição de um projecto de vida que preveja os cuidados de saúde e actividades com vista à autonomização do beneficiário, mesmo perante um quadro médico irreversível e/ou degenerativo (neste, aliás, o plano é ainda mais exigível). Violará o dever de cuidado o acompanhante que não materializa as condições necessárias para esta autonomização.

Outro vector é o dever de informar e incluir o beneficiário nos processos de decisão. O acompanhante tem de efectivar as condições para que a decisão seja a autorrealização do beneficiário, logo, uma decisão sua, pelo que, sendo o acompanhamento um instrumento de inclusão, tal só é possível com a participação do beneficiário. E esta está dependente da prestação de informação adequada à capacidade daquele. O dever de informação é ancilar do dever de garantir a participação do beneficiário e, conseqüente, legitimidade no exercício dos poderes de representação do acompanhante.

Resulta, ainda, do dever de cuidado a obrigação de protecção da saúde e integridade física do beneficiário. Mesmo nos casos em que o âmbito de acompanhamento seja circunscrito à dimensão patrimonial, há sempre o dever

— assim se configura como dever de protecção do tráfego — de intervir na salvaguarda, pelo menos objectiva, dos interesses e direitos pessoais do beneficiário, desde logo, pelo dever de informar a necessidade de revisão da medida e consequente adequação. Este é um dever decorrente da relação de acompanhamento e independente do âmbito de atribuições dela resultantes.

Outros deveres, porém, dependem do círculo de tarefas cometidas ao acompanhante. É o caso do dever vigilância, quer na perspectiva de tutela do beneficiário, quer de terceiros (para efeitos do artigo 491.º do CC). No primeiro caso, esse dever pode ser especificado na sentença, para efeitos do artigo 141.º, n.º 2, alínea e), do CC, ou resultar implicitamente quando resulte da atribuição de poderes gerais de representação. Nestes casos, a atribuição destes poderes indicia uma intervenção ampla na salvaguarda de interesses do beneficiário que pressupõe o dever de cuidado de remoção do perigo objectivamente criado pelo beneficiário. No entanto, poderá ser afastada esta responsabilidade se o acompanhante demonstrar que, atenta a situação e necessidades, a sua responsabilidade se cingiu à dimensão patrimonial e não pessoal.

Outra situação de irresponsabilidade do acompanhante resulta da capacidade natural — que não se confunde com inimputabilidade, tendo em conta a interpretação do artigo 491.º do CC — bastante do beneficiário para se lhe imputar exclusivamente o acto danoso. É necessário ter presente que a afirmação de uma base comum de averiguação da capacidade de facto, sem correspondência directa com a condição de deficiência, corresponde ao princípio da igualdade plasmado no artigo 12.º, n.º 2, da Convenção das Nações Unidas. Desta feita, não basta a constituição de uma medida de acompanhamento para concluir pela existência de deveres de vigilância. Tal depende da correlação entre capacidade diminuída e necessidade de remover o perigo gerado pela sua actuação, devendo este ser identificado, pelo menos, na definição da necessidade da medida. Não sendo, prevalece a liberdade de acção do beneficiário, como corolário da sua autodeterminação e dignidade, não cabendo ao acompanhante assumir uma qualquer função *paternalista*.

Quanto ao dever de vigilância sobre o próprio beneficiário, este pode resultar da relação contratual de prestação de cuidados (pensemos no caso da sua institucionalização), pelo que é autónomo à relação de acompanhamento. Nestes casos, pode exigir-se a intervenção do Ministério Público ou a nomeação de um curador especial, sendo o beneficiário incapaz de facto para demandar a instituição quando seja o funcionário ou director o seu acompanhante. Fora do quadro de institucionalização, o dever existe se estiver especificado na sentença ou, conforme resulta para os efeitos do artigo 491.º do CC, implicitamente de a situação do beneficiário e inventariação das necessidades determinar que o dever de cuidado se estende à protecção da pessoa, tendo em conta a auto-colocação em perigo directamente imputada à falta de capacidade⁴.

⁴ Um exemplo será a inclusão do dever de cuidado de assegurar que um beneficiário que padeça de síndrome de Prader-Willi, associado a diabetes, zele pelos seus cuidados de higiene sem

5.2. Poderes-deveres — *intuitu personae*

A proximidade do exercício dos poderes de acompanhamento pressupõe uma relação fiduciária entre acompanhante e beneficiário. No entanto, as obrigações do acompanhante cingem-se a uma dimensão jurídica dos actos a realizar. O cuidado material pode ser integrante do dever de cuidado enquanto prestação de facto assumida pelo acompanhante (*em sentido análogo à obrigação de alimentos*), mas a responsabilidade e o fundamento de constituição do acompanhamento fundam-se na limitação para exercer juridicamente os seus direitos ou cumprir os deveres, pressupondo que é ao acompanhante que compete o dever de incluir o beneficiário. A possibilidade de delegação ou sub-representação é admissível enquanto realização material dos deveres de cuidado, conservando o acompanhante a responsabilidade enquanto acompanhante.

5.3. Poder-dever de promover e respeitar a vontade, interesses e desejos do beneficiário

Enquanto poder funcional, a actuação do acompanhante está vinculada ao bem-estar, recuperação e ao pleno exercício de todos os direitos e ao cumprimento dos deveres do beneficiário (artigo 140.º, n.º 1, do CC). Contudo, a concretização do que seja esta actuação não depende de critérios objectivos, mas antes da vontade, desejos ou preferências manifestados (sejam prévios, sejam contemporâneos) pelo beneficiário. Estes vinculam a actuação do acompanhante de forma permanente, conformando os seus limites.

A construção de uma medida de apoio (ou assistência) pressupõe que se inclua o beneficiário na decisão sobre os seus assuntos, seja no apoio à decisão, seja na iniciativa, não se podendo expurgá-lo do processo, nem decidir contra a vontade ou interesses por este manifestados. Só assim não será quando o respeito por aquela vontade determine uma actuação contrária ao fundamento da própria medida.

O estabelecimento da relação, atenta a sua finalidade, cria igualmente deveres para o beneficiário, desde logo, deveres de cooperação tendentes à efectivação das funções do acompanhante. Estes são os deveres especiais emergentes da relação como contraponto da posição especial em que se encontra o acompanhante e que criam um dever especial para cuidado dos direitos de personalidade deste.

que se queime na água (sobre este caso decidido pelo Supremo Tribunal alemão, a decisão de 22-08-2019 — III ZR 113/18, *BtPrax — Zeitschrift für soziale Arbeit, gutachterliche Tätigkeit und Rechtsanwendung in der Betreuung*, 6/2019. Este dever pressupõe a redução do perigo que possa advir da falta de aptidão para o identificar e evitar por parte do beneficiário.

A interpretação do artigo 140.º, n.º 1, do CC, quando define como objectivo da medida o bem-estar e a recuperação do beneficiário, deve ser feita no sentido de vinculação à vontade, interesses e desejos do beneficiário. O conceito de bem-estar é de feição subjectiva, na medida em que a salvaguarda da capacidade do beneficiário deve assegurar a este a faculdade de modelar o seu projecto de vida de acordo com os seus desejos e dentro dos limites da sua capacidade de facto. Ao acompanhante exige-se a tarefa de informar, descodificar e assessorar o beneficiário na tomada de decisão, informando, em particular, dos riscos da decisão, vinculando-se aos interesses autodeterminados pelo beneficiário na medida da capacidade deste e da necessidade de salvaguarda dos seus interesses, prevalecendo aqueles sempre que não se gora o fundamento que levou ao acompanhamento a partir da necessidade de tutela inventariada na sentença.

Pensemos num exemplo. Numa situação em que o acompanhamento é necessário para garantir a inclusão de um beneficiário que, apresentando-se capaz, se encontra a recuperar a sua autonomia após o cumprimento de uma medida de segurança. Tal autonomia está caucionada com a existência de uma rede de apoio que só tem disponível na instituição onde se encontra integrado, não tendo condições para regressar à sua localidade de origem. Ora, imaginemos que este regresso representa um perigo sério de descompensação por falta de apoio no cumprimento de terapêutica. Neste casos, perante uma decisão que fixe como âmbito de acompanhamento a co-gestão de rendimentos do beneficiário (no caso, a pensão social de inclusão), a actuação do acompanhante estará legitimada na recusa do acesso aos rendimentos se o propósito do beneficiário for comprar um bilhete de transporte para o regresso à sua cidade (onde não tem qualquer rede de apoio) e há o risco de descontinuação terapêutica e retorno a uma situação de perigo.

Deve, por isso, ter-se em consideração, na decisão sobre a dialéctica autonomia-protecção, a relevância dos interesses jurídicos e (ir)reversibilidade das consequências da decisão. Quanto mais relevante for o interesse (vida ou saúde), maior será a exigência de capacidade de facto do beneficiário para se autodeterminar responsabilmente. O efeito *prima facie* será tender, perante a hierarquia de interesses, a favor da decisão de protecção, mas tal não ilide o ónus do acompanhante de provar a ausência de capacidade.

No âmbito patrimonial, a avaliação da capacidade e respeito pelos interesses subjectivos não altera o equilíbrio acima referido. Apenas exige uma ponderação qualificada tendo em vista o potencial resultado da decisão e impacto para a situação geral do beneficiário. Pela natureza patrimonial do acto, tende-se a prevalecer o interesse objectivo como meio de assegurar que há condições patrimoniais (ou, pelo menos, não há um agravamento) para assegurar o seu bem-estar económico. Tal não afasta a relevância desses interesses para a tomada de decisão relativamente a actos que sejam objectivamente prejudiciais, mas que causem pouco ou nulo impacto na situação patrimonial do beneficiário e que sejam resultado da sua autodeterminação.

5.4. Remuneração e compensação de despesas

O novo regime legal prescreve como princípio do acompanhamento a gratuidade das funções (artigo 151.º, n.º 1, do CC). Esta opção conforma a medida e o seu desiderato. Pretendem-se acompanhantes *voluntários*, de preferência a partir das relações familiares, na ausência de uma escolha pelo beneficiário (artigo 143.º, n.º 2, do CC).

Tal convoca um problema de matriz social resultante da quebra dos vínculos familiares. Ainda que o exercício seja obrigatório (por isso, se prevê um regime de escusa e exoneração no artigo 144.º do CC), a idoneidade e efetividade do desempenho das funções de acompanhante muito dependem da adesão do acompanhante. Nas situações de *abandono* social (muitas vezes, resultante da incapacidade ou falecimento do cuidador de facto, normalmente o(s) progenitor(es)), a solução passará por respostas institucionais.

O problema de a escolha ser dentro da instituição tem o revés de integrar o beneficiário dentro de uma lógica de *instituição total*, onde a vida do beneficiário fica indissociavelmente ligada à instituição que tem total domínio de facto sobre as suas decisões. A mudança depende de alternativas, sendo estas dependentes do impulso de quem está obrigado a garantir o bem-estar do beneficiário, mas que acaba por se confundir com quem tem o interesse nos destinos da própria instituição.

Uma das possíveis alternativas será prever um sistema misto de acompanhantes profissionais que serviriam de complemento a soluções dentro do cuidado da família. Todavia, em termos de política legislativa, não foi a opção pensada pelo legislador, ao prever a gratuidade das funções. No entanto, se este é o paradigma, há a possibilidade de conjugação de instrumentos com vista a acautelar os potenciais conflitos de interesses resultantes da solução integrada na instituição.

A extensão da obrigação de alimentos (artigos 2003.º, 2005.º, 2009.º e 2010.º do CC) poderia servir para garantir a remuneração do cuidado. Existem vários constrangimentos quanto ao sucesso da medida, desde logo perante a falta de «oferta» de acompanhantes. Tal poderia justificar uma solução profissional de cuidado, na ausência de um mandato com vista ao acompanhamento (artigo 156.º do CC), mantendo-se a responsabilidade do acompanhante mediada pela contratação de um cuidador profissional.

O paradigma social de apoio das pessoas com deficiência entronca com o que se pretende com a medida civil. A este respeito não se pode ignorar o Modelo de Apoio à Vida Independente — Assistência Pessoal, como meio de profissionalização de apoio que cumpre uma função de preservação da dupla autonomia do beneficiário: autonomia profissional e autonomia em relação à instituição (Decreto-Lei n.º 129/2017, de 09-10, última alteração pelo Decreto-Lei n.º 27/2019, de 14-02).

Ainda assim, no domínio da administração patrimonial, dependendo do tipo e extensão do património, pode ser fixada uma remuneração para uma gestão profissional. Tal é possível e desejável quando, no desenho da medida,

se atribua a um profissional essa gestão, assegurando a justa compensação por aplicação do artigo 1942.º, *ex vi* do artigo 145.º, n.º 5, e 1971.º, n.º 1, todos do CC. Ainda que a função de acompanhante possa corresponder, no seu âmbito, à administração de património, o que faria prevalecer o artigo 151.º, n.º 1, do CC, a hipótese da norma remissiva refere-se, ao contrário da representação legal (que faz uma remissão genérica para a tutela), para o instituto da administração de bens *in totum* (indicação do instituto). A este argumento acresce que as adaptações pressupõem, a partir da verificação de antinomias normativas entre o regime supletivo e o regime especial do acompanhamento, dar congruência material ao regime. Ainda que as funções de administração sejam atribuídas ao acompanhante, o objecto da administração de bens tem como elemento distintivo uma gestão do património do beneficiário. Esta actividade pode, em alguns casos, ser exigente se assumida directamente pelo acompanhante-administrador e, pela natureza e extensão dos bens integrantes do património a gerir, pode justificar-se uma remuneração que terá de ser fixada pelo tribunal (artigo 1942.º, n.º 2, *ex vi* do artigo 1971.º, n.º 1, do CC).

A respeito da «alocação de despesas», previstas no artigo 151.º, n.º 1, do CC, concede-se ao beneficiário o poder de destinar parte do património do beneficiário para suportar parte das despesas com o desempenho das suas funções. A atribuição desta compensação pelas despesas pressupõe não só um juízo de proporcionalidade entre as condições do beneficiário e acompanhante, bem como, e em momento prévio, a determinação de a capacidade económica do beneficiário ser bastante para assegurar as suas necessidades. Estas representam o limiar mínimo, enquanto pressuposto, para se exigir a alocação de despesas, na medida em que a gratuidade das funções implica a assunção de custos inerentes ao exercício das funções. Havendo capacidade, as referidas despesas dependem da efectivação do exercício, mais do que do exercício em si. O acompanhamento do beneficiário a consultas médicas, por exemplo, pressupõe que o acompanhante possa alocar os custos com a deslocação, mas já não o tempo despendido com esse acompanhamento.

5.5. Os poderes de representação e administração

Os poderes de representação têm um conteúdo mais amplo do que os poderes de administração. Quando se conferem aqueles, está ínsita a administração patrimonial como ancilar à realização do dever de cuidado, instrumento jurídico para sua realização. Tal sucede mesmo que se circunscrevam a domínios ou âmbitos específicos da esfera jurídica do beneficiário. A remissão do artigo 1935.º, *ex vi* do artigo 145.º, n.º 5, do CC assim o dita.

Quanto aos poderes administração, os mesmos circunscrevem-se ao âmbito patrimonial cujo objecto se individualiza a partir de poderes que têm como objecto coisas ou direitos (incluindo-se universalidades, propriedade

industrial, direitos de autor, participações sociais, etc.). Há uma autonomização funcional do património (ainda que não constitua um património autónomo) a partir da distribuição do âmbito de responsabilidade do administrador-acompanhante face ao acompanhante-devedor primacial do cuidado ao beneficiário. Estes poderes incluem conaturalmente poderes de representação quanto ao património administrado, o que é atestado pela remissão do artigo 1971.º, *ex vi* do artigo 145.º, n.º 6, do CC.

5.5.1. Poderes de representação legal

Partimos da ideia de cuidado como concretização e materialização dos poderes funcionais que cabem aos órgãos do acompanhamento, em especial, ao acompanhante, por ser o órgão executivo, e teremos, desde logo, de atentar nos actos estritamente pessoais para os quais o acompanhado demonstre capacidade natural de facto suficiente para agir autónoma e livremente e que ficam excluídos do âmbito dos poderes de representação do acompanhante. Tal conclusão resulta da aplicação do artigo 1881.º, n.º 1, *in fine*, do CC, por remissão do artigo 1935.º, n.º 1, do CC. Nestes actos são incluídos os direitos e deveres de natureza pessoalíssima e que carecem da *autodeterminação individual e pessoal*, pelos quais a ausência ou défice de discernimento impedem o acompanhado de ser titular dos mesmos por falta de capacidade de agir (por exemplo, a capacidade para casar, perfilhar, elaborar testamento), resultado da limitação natural endógena ou restrição legal devidamente fundamentada (ou seja, observado o princípio da proporcionalidade). Incluem-se, ainda, todos os actos ou negócios pessoais que «não se destinem a constituir, modificar ou extinguir relações de carácter patrimonial, mas a influir no estado das pessoas, familiar ou de outra ordem»⁵.

A titularidade da esfera pessoal restringe-se à capacidade jurídica e de agir natural do acompanhado, não sendo admissível a sua representação legal, enquanto instituto que visa a mera substituição da vontade do titular do direito. Porém, já é admissível a actuação do representante legal, não enquanto tal, mas como cuidador responsável pelo bem-estar e integridade pessoal do acompanhado por emergência do poder-dever de cuidado resultante da relação jurídica de acompanhamento, pelo facto de o mesmo ser titular dos direitos e correspondentes bens jurídicos.

O poder de representação que o acompanhante detém no âmbito de atribuições fixado por sentença serve para legitimar a sua intervenção perante terceiros e produzir os efeitos na esfera do beneficiário. Todavia, uma actuação contrária determina a responsabilidade interna do acompanhante em

⁵ Acompanhamos a noção de negócios pessoais defendida por FRANCISCO PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA — *Curso de Direito da Família: Introdução, Direito Matrimonial*, 5.ª ed., vol. I (Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2019), p. 241.

relação ao beneficiário pelos danos causados, o que pode levar à ineficácia (e eventual responsabilidade do terceiro, verificados os pressupostos do artigo 227.º do CC) do acto se o terceiro conhecia a violação do dever de cuidado, pressuposto do exercício dos poderes de representação.

A sentença deve especificar o âmbito dos poderes de representação legal. A previsão na lei de poderes de representação geral deve ser entendida como uma norma habilitante para interferir nos direitos do beneficiário (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição), não omitindo a justificação da proporcionalidade da medida em função das necessidades inventariadas. A falta ou limitação da capacidade do beneficiário não prescinde da justificação dos âmbitos de intervenção do acompanhante quanto ao exercício dos poderes de representação. Uma situação de incapacidade profunda mantém a exigência de especificar o âmbito dos poderes nos casos de cuidados de saúde e administração patrimonial (por exemplo, poderes para representar o beneficiário junto do banco, gerir a pensão social de inclusão, se for beneficiário, contratar residência e assistência, etc.).

A precisão do âmbito de intervenção exige a correlação entre a inventariação das necessidades e a justificação da adequação dos poderes-deveres a desempenhar pelo acompanhante. Tal poderá justificar a inclusão de âmbitos a partir de tipos de actuação, mas nem por isso prescinde de um esforço de individualização. A administração de património ou a gestão patrimonial, por exemplo, deve impor a designação exemplificativa de limites do poder do acompanhante. A aparente rigidez que exige pode ser flexibilizada através da utilização de conceitos abertos ou indeterminados, sendo tal especificação uma garantia de fundamentação dos poderes do acompanhante (*contemplatio domini*) e da sua vinculação aos interesses do beneficiário e consequente responsabilização. Na gestão do património, devidamente inventariado na relação de bens apresentada aquando do início da acção, implicitamente incluem-se os poderes de realização de actos de mera administração que implicam poderes de representação tendentes não só ao exercício dos direitos e cumprimento de deveres, neles se incluindo a garantia dos mesmos.

Dependendo do património, a possibilidade de praticar «actos de disposição» deve ser prevista se estivermos perante um património mobiliário relevante (portefólio de acções, por exemplo⁶) Nestes casos pode prever-se a contratualização com um profissional, quer por mediação do acompanhante, a quem se inclui o dever de supervisionar a sua actividade, quer pela própria incorporação na sentença e consequente responsabilização da própria entidade na gestão patrimonial, designando-se como administrador. A lei não limita a atribuição das funções de acompanhante a uma pessoa singular, quando se prevejam múltiplos acompanhantes ou determinação de outras medidas. Se

⁶ Já será possível, e assim já era entendido, proceder à administração dos incrementos patrimoniais que advenham dos frutos naturais e civis produzidos pelos direitos do beneficiário (artigo 212.º do CC).

é certo que a matriz do acompanhamento pressupõe uma relação de fidúcia entre beneficiário e acompanhante, o que pressupõe a relação de proximidade entre beneficiário-cuidador, a especialização do âmbito do acompanhamento justifica que à relação matriz se acoplem segmentos de áreas que dependem de um grau de especialização própria. Os poderes-deveres do principal cuidador terão sempre prevalência enquanto garante da realização das finalidades da medida. É este o último responsável pelo bem-estar do beneficiário, estando subjacente à relação de acompanhamento o estabelecimento de deveres especiais que pautam e vinculam o acompanhante independentemente do objecto expresso, pois este será sempre responsável pelo bem-estar e recuperação do beneficiário (artigo 140.º do CC).

Questão duvidosa pode suscitar-se quanto ao exercício dos direitos sucessórios. Numa perspectiva ampla, poder-se-á admitir que a fixação do âmbito referente à gestão do património do beneficiário inclui tanto o património existente como aquele que advém por sucessão. Definindo-se património como o conjunto de relações jurídicas susceptíveis de avaliação pecuniária, a plasticidade do património determina entradas e saídas, pelo que não deverá ser feita qualquer distinção entre os direitos resultantes dos negócios *inter vivos* ou os que decorrem do fenómeno sucessório, em particular, porque ocorrem negócios de fins sucessórios ainda em vida dos interessados. Ainda assim, tenderemos a fazer prevalecer o princípio da especificação do âmbito dos poderes do acompanhante, uma vez que a escolha do acompanhante pressupõe a avaliação das competências e qualidades do acompanhante e das necessidades do beneficiário. A alteração patrimonial na esfera do beneficiário pode justificar uma partição do âmbito das medidas de acompanhamento, desde a substituição ou designação de um outro acompanhante. Tal dependerá muito do impacto dos direitos sucessórios no âmbito dos interesses patrimoniais do beneficiário, importando tal juízo mesmo para efeitos de aceitação e, mais relevante, para a gestão e exercício daqueles direitos. Quanto à renúncia dos direitos sucessórios, vale o critério da mera administração e administração extraordinária, pelo que só mediante previsão expressa se confere legitimidade ao acompanhante para o efeito. Conferindo-se poderes de administração/gestão ou representação patrimonial gerais, a impossibilidade de exercício pessoal pelo beneficiário ou de decisão apoiada justifica a intervenção do acompanhante no exercício de poderes de representação. Em alguns casos, é a própria lei a esclarecer qual o limite entre actos de mera administração e de disposição⁷.

Pode suceder que a atribuição dos poderes de representação patrimonial ou de administração leve ao possível conflito de interesses por concorrerem para a sucessão do beneficiário e acompanhante. Nestes casos, vale a regra

⁷ *Tal será o caso do repúdio da herança ou aceitação de herança com encargos através de acompanhante, que depende de autorização judicial. Aplica-se aqui o regime do artigo 1890.º, ex vi do artigo 145.º, n.ºs 5 e 6 (este pelo artigo 1971.º, n.º 1), todos do CC.*

de conflitos de interesses, justificando-se a abstenção de o acompanhante actuar autonomamente, estando condicionado à prévia obtenção de autorização judicial ou nomeação de acompanhante *ad hoc* (verdadeiro curador especial) que represente o beneficiário para efeitos sucessórios.

Este princípio da especificação tem como consequência uma interpretação restritiva dos fundamentos da intervenção e, em última instância, da *contemplatio domini*. A representação geral, mesmo nos moldes de uma gestão patrimonial ampla, é vinculada às necessidades inventariadas. Tal significa que os poderes são consequentes com a relação de bens identificada. Variações patrimoniais relevantes, seja no activo ou no passivo, determinam uma revisão da medida, podendo mesmo condicionar os poderes de representação do acompanhante. A celebração, revogação ou denúncia de determinado tipo de contratos (por exemplo, contratos de arrendamento ou de seguros) ou o exercício de direitos prestacionais (por exemplo, acesso a prestações sociais, sistemas de pensão ou reforma) podem ter um impacto que não se coaduna com a génese da medida decretada e que correspondem a um pressuposto que não foi considerado pelo tribunal. Um exemplo de necessidade de previsão especial de atribuições será o exercício de direitos de natureza profissional. É diferente a gestão patrimonial referente aos proventos e encargos do exercício ou condições de exercício dessa actividade. Um exemplo poderá ser o poder de suspender a inscrição numa ordem profissional por impossibilidade do seu exercício. Ainda que se possa justificar em termos patrimoniais por força dos custos de quotização, por exemplo, a relevância para o desenvolvimento da personalidade do beneficiário impõe uma autorização da actuação do acompanhante, mesmo que pontual, para o acto.

Outra dimensão relevante dos poderes de representação contende com o conflito resultante na institucionalização do acompanhamento. Estamos a falar dos casos em que o acompanhante designado é funcionário ou director da instituição onde se encontra integrado o beneficiário. Nestes casos, a especificação deverá ser mais exigente quanto aos poderes-deveres do acompanhante. A eles estará intimamente ligada a legitimidade da intervenção e oposição dos efeitos dos seus actos em relação ao beneficiário, em particular, em sede de eficácia e validade.

Existem situações em que no âmbito de atribuições, ainda que circunscrito a um domínio eminentemente pessoal (o caso dos cuidados de saúde), se encontra implícito o reconhecimento de poderes para efectivação do cuidado do beneficiário. Isto significa a realização de todos os actos jurídicos necessários a garantir a saúde do beneficiário. Pressupõe-se, portanto, a autorização para realizar determinados actos como, por exemplo, no âmbito do serviço nacional de saúde, proceder ao agendamento de consultas; já no âmbito privado, implica celebrar contratos no interesse do beneficiário. Atribuindo-se poderes de representação, mantém-se o mesmo âmbito de actuação, com a diferença dos efeitos jurídicos dos contratos serem imputados directamente na esfera jurídica do beneficiário (artigo 258.º do CC).

5.5.2. Áreas de exclusão

Existem domínios que se encontram excluídos dos poderes de representação legal, em particular, quando sejam previstos em termos gerais. A realização de actos da gestão da vida corrente (artigo 147.º, n.º 1, do CC) configura-se como o núcleo irredutível da capacidade jurídica do beneficiário. O que se entende por actos da vida corrente e os limites desse exercício devem ser integrados por aplicação do artigo 127.º, n.º 1, alínea b), do CC.

Ainda que o legislador admita a possibilidade de restrição desta capacidade por via judicial, a admissibilidade ampla de tal possibilidade representa uma violação do princípio da igualdade, dignidade da pessoa humana e da autodeterminação (artigos 1.º, 13.º, 26.º, n.º 1, da Constituição e artigo 12.º, n.º 2, da Convenção das Nações Unidas) e, por isso, um resultado desconforme com a Constituição. Isto será assim porque a única limitação à capacidade jurídica de realizar negócios jurídicos da vida corrente apenas pode advir da falta de capacidade de facto (tal como prescreve o artigo 127.º, n.º 1, alínea a), do CC).

A relevância desta excepção prevista especialmente para o regime de maior acompanhado não só se afigura supérflua e de dúbia conformação constitucional e convencional, como vai contra a norma em que se inspirou, a §105a do CC alemão⁸. Não se compreende como no estudo que deu luz ao actual regime se afirme que «quanto aos negócios da vida corrente e à semelhança do que se passa com [leia-se: regime da menoridade]: eles são à partida, permitidos»⁹. São-no à partida e à chegada e não se configura como pode uma alteração legislativa que quer dar luz à mudança de paradigma e conformidade com a Convenção das Nações Unidas prescrever como protótipo da medida a incapacidade. Continuando, ainda, aquele mesmo estudo, «este ponto é essencial: permite, ao maior acompanhado, levar uma vida totalmente normal, se a sua condição o facultar»¹⁰. Mais uma vez, a referência à condição comporta um arregimentar em função da condição médica e funcional da pessoa maior e não um alicerçar na perspectiva social e instrumental, que deve ser a medida de acompanhamento na realização dos interesses da pessoa maior.

⁸ Numa crítica ao Código Civil alemão e em defesa do reconhecimento de capacidade jurídica da pessoa incapaz e que antecedeu a aprovação da §105a, CLAUS-WILHELM CANARIS — “Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht”, in *Juristen Zeitung (JS)* 46 (1987) 21., p. 993 e ss.. Para uma análise crítica à norma introduzida, MATTHIAS CASPER — “Geschäfte des täglichen Lebens — kritische Anmerkungen zum neuen § 105a BGB”, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2002, p. 3425 e ss..

⁹ Cf. MENEZES CORDEIRO/PINTO MONTEIRO — *Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores*, p. 124 [Acedido no sítio www.smmp.pt].

¹⁰ Cf. MENEZES CORDEIRO/PINTO MONTEIRO — *Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores*, p. 124 [Acedido no sítio www.smmp.pt].

Uma das consequências imediatas desta perspectiva é o dever de o acompanhante estabelecer um orçamento pessoal do beneficiário, quando tenha amplos poderes de representação e administração patrimonial. Se cumpre ao acompanhante gerir, por exemplo, o valor proveniente da pensão social de inclusão, tal impõe, satisfeitas as obrigações do beneficiário e condições para o seu bem-estar (por exemplo, pagamento da prestação de serviços relativos a alojamento, alimentação, cuidados de saúde, entre outros), a disponibilização ao beneficiário de um dinheiro de bolso que permita a sua autonomia financeira para pequenos actos ou que permita a sua autonomia. Muitos casos poderão ocorrer em que o beneficiário não tenha capacidade para compreender o valor do dinheiro, mas isso não significa que não se possa promover a sua autonomia a partir da atribuição de pequenas tarefas ou correspondência de valor pecuniário e bens a adquirir, com vista à sua participação activa na comunidade¹¹.

5.6. Dever de informação e prestação de contas

Constitui dever do acompanhante informar e prestar contas sobre a sua actuação perante o beneficiário e, existindo, o conselho de família. Este dever é inerente ao objecto do acompanhamento que pressupõe a participação do beneficiário em todas as decisões que lhe digam respeito, mesmo quando não esteja em condições de as tomar sozinho, pela falta ou limitação da sua capacidade. Este dever de informação e a prestação de contas não se esgotam somente nos termos previstos no artigo 151.º, n.º 2, do CC e por via da acção especial do artigo 948.º e seguintes do CPC. É um dever permanente e condição para a idoneidade do exercício das suas funções pelo acompanhante. A não informação sobre a sua actuação e gestão de interesses configura-se num incumprimento que o responsabiliza e justifica a sua eventual remoção do cargo.

O acompanhante deve sempre discutir assuntos importantes com a pessoa supervisionada antes de serem resolvidos, uma vez que o teste da proporcionalidade da medida é contemporâneo da sua actuação. E deve realizar um acompanhamento de proximidade (congruente com a imposição do dever de contacto permanente — artigo 146.º, n.º 2, do CC), o que pressupõe e exige uma conformação da sua actuação para salvaguardar e promover a saúde e o bem-estar físico e pessoal do beneficiário, manter a adequação do plano de cuidados e autonomização, promover a revisão ou o termo da medida e abster-se de actuar em caso de conflitos de interesses. Estes deveres integram a relação basilar de cuidado inerente ao acompanhamento e o vínculo fiduciário entre acompanhante e beneficiário.

¹¹ Neste sentido anda a interpretação da §105a do CC alemão: esta norma tem como objectivo promover a inclusão social e garantir a capacidade de agir por respeito ao princípio da não discriminação.

6. RELAÇÃO EXTERNA: OS EFEITOS EM RELAÇÃO A TERCEIROS

A relação de acompanhamento é oponível a terceiros, isto é, os poderes-deveres do acompanhante são dotados de eficácia absoluta. A questão é determinar até que ponto a dimensão interna que vincula o acompanhante à vontade, interesses e desejos do beneficiário é oponível a terceiros. A eliminação da incapacidade como paradigma de salvaguarda de interesses do beneficiário e a adopção de um modelo de apoio e não de substituição aproximam (para não dizer, equiparam) o acompanhante do procurador voluntário quando se incluem no âmbito da medida de poderes de representação. Esta equiparação *tout court* significaria a autonomização dos poderes de representação legal, valendo as considerações sobre a tutela da confiança. Ainda assim, a posição do beneficiário é de vulnerabilidade, o que exige uma abordagem diferenciadora com vista a assegurar a sua autonomização e não discriminação. Torna-se transponível ao terceiro o ónus de assegurar a legitimidade dos poderes de representação exercidos pelo acompanhante, em particular, nos domínios que interferiam com a sua esfera pessoal, quer directa, quer indirectamente. Falamos aqui dos cuidados de saúde ou de limitação da liberdade ou, ainda, de decisões patrimoniais que afectem a pessoa, como é o caso da residência. Uma actuação contrária à vontade, interesses e desejos do beneficiário é uma actuação conflituante que desencadeia, no limite, um caso de abuso de representação (ver *infra*).

Chegados aqui, a situação de especial vulnerabilidade do beneficiário impõe uma correspondente valoração dos seus interesses dentro do tráfico jurídico. A tutela deve ser equivalente à que é conferida aquando da anulação dos negócios. O efeito de presunção de falta de capacidade resultante da sentença que restringe a capacidade jurídica do beneficiário tem como sanção a anulabilidade dos actos realizados pelo beneficiário, nos termos do artigo 154.º, n.º 1, alínea a), do CC. Esta cominação deve ser articulada com o artigo 147.º, n.º 1, que prevê uma esfera de capacidade jurídica intangível pela sentença que determine a incapacidade jurídica de agir. A protecção prevalece sobre a tutela dos declaratórios e confiança jurídica, pelo que deve prevalecer uma actuação conjunta entre acompanhante-beneficiário nas questões de particular importância para o destinatário do acompanhamento e que, numa interpretação conjunta do artigo 12.º, n.º 3, com o instituto da representação legal, cria um ónus para o terceiro de se assegurar de que os poderes de representação exercidos são conformes à vontade, interesses ou desejos do beneficiário. Para isso terá de promover a participação deste no próprio acto, como forma de comprovar a legitimidade e, logo, a eficácia do acto realizado com o acompanhante. A garantia da medida de acompanhamento como de apoio e não substituição constitui um ónus a cargo do terceiro, incluindo-se numa interpretação à luz do novo paradigma do artigo 260.º do CC.

Este entendimento a favor da protecção dos interesses do beneficiário, que decorre da finalidade da medida de acompanhamento, não deixa, todavia,

de exigir a cognoscibilidade da situação daquele, bem como da própria sentença, o que decorre do registo.

É a mesma solução legal que está subjacente ao funcionamento do artigo 154.º do CC. Uma vez que a publicidade conferida pelo registo da sentença basta para que se possam anular os actos realizados pelo beneficiário, por maioria de razão, deverá servir para exigir ao terceiro o ónus de assegurar que actua de forma a respeitar a vontade, interesses e desejos do beneficiário nos casos em que o acompanhante exiba a sentença constitutiva da medida de acompanhamento.

Se tal é assim nos casos mais extremos — de duvidosa compatibilidade com o prescrito no artigo 12.º, n.º 3, da Convenção das Nações Unidas —, maior relevância terá a actuação do acompanhante cujos poderes advêm da necessidade de apoio ao beneficiário. Tratando-se de poderes de representação — e não de apoio à tomada de decisão —, a possibilidade de *substituição* do beneficiário é um pressuposto do exercício desses poderes, mas deve resultar de um juízo de proporcionalidade que se inscreve no recorte da medida em função dos interesses do beneficiário, mesmo nos casos limite em que se conferem poderes de representação, em especial, os de conteúdo geral.

A ausência de remissão para o regime da menoridade traz consigo alguns espaços vazios. Quem tem legitimidade para impugnar o negócio jurídico?

Em princípio, valem as regras da capacidade jurídica equivalente à capacidade judiciária (artigo 15.º, n.º 2, do CPC), o que significa que os actos praticados pelo beneficiário para os quais estava limitado (artigo 145.º, n.º 2, alínea d), do CC) pressupõem a legitimidade (não necessariamente poderes de representação legal) para o acompanhante impugnar o negócio. Padecendo de uma incapacidade de facto (ou resultante da sentença), perante o conflito de interesses objectivo que resulta da causa de invalidade ser a actuação do acompanhante, ter-se-á de nomear acompanhante especial para a acção de impugnação, revisão e substituição do acompanhante ou permitir a intervenção do Ministério Público em representação do beneficiário.

7. CONFLITO DE DECISÕES: BENEFICIÁRIO/ACOMPANHANTE

7.1. A legitimidade do acompanhante: autorização judicial

O exercício de poderes de representação legal convoca a aplicação do regime da tutela (artigo 145.º, n.º 5, do CC). Tal significa que aos actos realizados pelo acompanhante se aplicam os artigos do Código Civil.

Em termos de instituto da tutela, há uma equiparação dos poderes do tutor aos previstos para as responsabilidades parentais. Contudo, atento o princípio da especificação que exige um “fato à medida” das necessidades do beneficiário, como garantia dos direitos do beneficiário, não há — não deverá haver — a atribuição geral de poderes de representação legal, mas,

antes, a âmbito de matéria, que poderão ter uma maior ou menor extensão. Mesmo perante a atribuição de poderes de representação geral de gestão patrimonial, não estamos mais numa equiparação ao regime da tutela. Os poderes de representação não se estendem à generalidade da esfera jurídica patrimonial, como prescreveria a remissão para o regime das responsabilidades parentais, com as excepções previstas nos artigos 1937.º e seguintes do CC. A adaptação prevista no artigo 145.º, n.º 5, do CC é ainda mais premente na medida em que não se possa conceber a actuação do acompanhante como substituto do beneficiário.

Assim, a primeira limitação do acompanhante decorre da existência de título atributivo de legitimidade para agir em nome do beneficiário (artigo 258.º do CC). Existindo, o acompanhante não pode realizar os actos prescritos no artigo 1937.º do CC e fica dependente de autorização ou confirmação quanto aos actos prescritos no artigo 1938.º do CC, conforme resulta do artigo 1941.º do CC. A alínea a) do artigo 1938.º do CC remete, por sua vez, para o artigo 1889.º, n.º 1, do CC, que regula os actos patrimoniais a praticar pelos progenitores e que dependem de autorização. Tal remissão já decorre do artigo 1935.º, n.º 1, do CC, o que nos pode levar a concluir pela não aplicação do n.º 2 do artigo 1889.º do CC. Isto quer dizer que a actividade do acompanhante, quando integrada no seu âmbito de atribuições, fica dependente de autorização quando esteja em causa a aplicação de dinheiro ou capitais do acompanhado na aquisição de bens.

Contudo, no processo de apreciação do pedido de autorização e confirmação é obrigatório tomar em conta a posição do beneficiário. Este deve ser obrigatoriamente ouvido, mesmo em domínios em que se prescreve uma incapacidade (ou então a sujeição do beneficiário à reserva de autorização).

7.2. Conflito de interesses

O artigo 150.º, n.º 1, do CC estabelece a regra de actuação que impende sobre o acompanhante quando ocorra um conflito de interesses. Este dever configura uma norma de protecção ao impor ao acompanhante o dever de cuidado relativamente aos interesses do beneficiário, que o responsabiliza pelos danos causados ao beneficiário provando-se a existência de conflito de interesses. A imposição de um dever de abstenção significa que a violação faz incorrer em responsabilidade o acompanhante pelos danos que daí resultem para o beneficiário. Todavia, não estará eximido de responsabilidade o acompanhante que se abstenha de actuar quando, existindo o dever de assegurar os interesses do beneficiário, não o faz por existir um conflito de interesses, mas que, sendo necessária uma actuação, não supre o referido conflito por recurso ao tribunal (artigo 150.º, n.º 3, do CC).

A articulação entre os n.ºs 1 e 3 conjuga o dever de actuação do acompanhante que, perante uma situação de conflito, terá de agir de forma adequada a assegurar que da sua acção ou omissão não resultem danos para

o beneficiário. Isto permite qualificar a norma como de protecção para efeitos da segunda ilicitude prevista no artigo 483.º, n.º 1, do CC, com as consequências que daí advêm, desde logo, para efeitos de presunção de culpa, existindo danos da actuação em contravenção com o prescrito no artigo 150.º do CC.

Não existindo um dano, nem por isso deixará de valer a tutela. A questão que se coloca é a forma como se repara o dano, o que poderá ser possível por mero funcionamento da sanção de anulabilidade — artigo 151.º, n.º 2, do CC. Há que ter em consideração que, existindo poderes de representação, já se encontram normas que concretizam os limites da actuação do acompanhante e as situações objectivas de conflito de interesses (artigo 1937.º, *ex vi* do artigo 141.º, n.º 5, do CC) e que prescrevem uma sanção mais grave, a nulidade, regime esse que, pela natureza especial do mesmo, e atentos os interesses em causa, prevalece sobre o regime geral prescrito para o maior acompanhado.

Na dimensão externa da relação de acompanhamento, o legislador optou por subsumir a actuação do acompanhante à sanção prescrita para o instituto do negócio consigo mesmo, nos termos do artigo 261.º do CC, ou seja, a anulabilidade.

A opção configura duas consequências: primeiro, a eficácia do negócio fica condicionada ao efeito constitutivo da sua declaração judicial (ou negocial, quando não afecte terceiros); e, segundo, pressupõe como modelo, para determinar a sanção de anulabilidade, *a contrario* do artigo 261.º do CC, que o beneficiário não tenha consentido o negócio ou que a natureza do negócio afaste conflito de interesses. Em termos da sua *ratio*, o artigo 261.º do CC aproxima-se do instituto do abuso de representação, centrando-se na sua génese no problema do conflito de interesses que advêm de o *representante* se aproveitar dos poderes formalmente reconhecidos para obter vantagens directas ou indirectas que o beneficiam, bastando que se aproveite do perigo por si criado com a sua actuação em confronto com os interesses do beneficiário. Esse conflito existirá quer haja identidade de partes, no caso, o beneficiário ou acompanhante (aqui se incluindo situações em que haja actuação de representantes ou subrepresentantes), quer nas situações designadas de representação indirecta, quer, ainda, nas situações em que tal não exista, mas em que há um interesse próprio ou de outra pessoa (situações de constituição de garantias pessoais ou reais ou de assunção de dívidas).

Neste ponto, a aparência formal da legitimidade de actuação entronca com o extravasar dos fundamentos e fins para que foram reconhecidos e atribuídos tais poderes de acção. A diferença reside na sanção, de um lado, a anulabilidade (artigo 261.º do CC), do outro, a ineficácia (artigo 268.º, n.º 1, *ex vi* do artigo 269.º do CC).

É claro que, no caso do acompanhamento, a norma assume um espectro que vai muito além dos negócios consigo mesmo e incluem-se, apesar da remissão para o artigo 261.º situações em que o acompanhante não tenha poderes de representação. Contudo, o problema que se coloca é a pertinên-

cia do alcance da previsão legal em contraponto com o instituto do abuso de representação. Dir-se-á que o regime do artigo 151.º do CC é de natureza especial, que afasta o instituto de abuso de representação e estatui o regime especial de conflito de interesses independentemente de se consagrarem poderes de representação, ainda que se incluam e sejam o seu principal objecto.

Se entendermos a norma com um alcance mais amplo, compreendendo todo o exercício dos poderes do acompanhante, aqui se incluem os poderes de representação, pelo que o regime especial tenderia a preterir o regime geral. Parece ser esta a melhor interpretação do tipo do artigo 150.º do CC, aliás, quando prevê na sua epígrafe «conflito de interesses». A remissão para o artigo 261.º do CC refere-se apenas à sanção e às condições em que a mesma tem lugar. Em termos formais e positivos, é discutível a opção do legislador, desde logo, pela tutela que se confere ao beneficiário. A atribuição de poderes de representação resulta amiúde de decisão judicial, pelo que a escolha do acompanhante e atribuição de poderes de representação — e consequente perigo de actuação daquele — não podem ser imputadas directamente ao beneficiário. Para além disso, estamos a falar de actos que tendem a extravasar o campo patrimonial, bem como as situações de autocontrato ou representação indirecta. O conflito de interesses clama um âmbito mais amplo do que as situações prescritas no artigo 261.º do CC, de forma a abranger o problema da actuação em nome próprio e como representante (os casos de administração ou disposição de bens comuns) em actos plurilaterais ou colectivos. Estamos perante poderes de representar várias pessoas com interesses efectivos ou potencialmente não conciliáveis.

O funcionamento da norma deve ater-se a um princípio da precaução, bastando a existência de um perigo abstracto para impor o dever de o acompanhante informar o conselho de família e o tribunal, quer na perspectiva de acção quer da omissão, uma vez que o não exercício pode significar a vinculação a um negócio que interesse ao acompanhante (por exemplo, a renovação de um contrato de prestação de serviços).

A protecção da pessoa representada como o objectivo da norma recebe uma consideração maior, razão pela qual são feitas restrições e extensões teleológicas da norma. Não há um exame concreto do conflito de interesses. Em vez disso, o critério é aferido, num primeiro momento, a partir de uma análise geral e objectiva e concretizado em função do caso na definição do dever de cuidado a cargo do acompanhante e da sua posição face aos interesses do beneficiário.

Haverá, ainda, conflito de interesses quando o acompanhante seja o representante do beneficiário em juízo ou se encontre ao lado deste numa acção em que se coloca em causa negócio consigo mesmo em momento anterior à constituição da medida de acompanhamento.

7.3. Abuso de representação

Uma vez que podem estar em causa poderes de representação legal (ou poderes de administração), valem as razões que levam à aplicação do instituto do abuso de representação (artigo 269.º do CC). Constitui indício de abuso de representação quando da actuação do acompanhante resulte um dano para o beneficiário, devendo demonstrar-se que a actuação do acompanhante foi contrária ao fim ou à finalidade para os quais foram atribuídos os poderes ao acompanhante ou que a actuação foi contrária às instruções, vontade ou interesses do beneficiário.

Mantém-se a pertinência nas situações em que não se esteja perante conflito de interesses. A questão é que os efeitos dependem do *conhecimento* do terceiro. Este conhecimento não se exige nas situações de falta de poderes.

Há situações em que se pode colocar em causa a existência de legitimidade do próprio acompanhante. Nestes casos, vale o artigo 268.º do CC. Nas situações em que a sentença preveja poderes de representação geral ou especial, então o enquadramento terá de ser no âmbito do artigo 269.º do CC, quando não exista um conflito de interesses. No entanto, porque a actuação do representante não preclui a capacidade do beneficiário, e os poderes reconhecidos ao acompanhante pressupõem o *acompanhamento* e não a substituição, a inclusão do beneficiário no processo de decisão exige que o declaratório, a quem é exigível conhecer da condição de beneficiário, indague a vontade real ou presumida do beneficiário.

A aplicação directa do artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas, em especial, dos seus n.ºs 2 e 3, impõe que a contraparte não se possa eximir à ignorância ou, no caso da relação interna, no que tange à eficácia do negócio celebrado pelo acompanhante com poderes de representação. Aqui entra a indiciação do perigo gerado pelo acto em causa para os interesses do beneficiário como imposição de um ónus por conta do terceiro de aferir se a vontade real do beneficiário corresponde à decisão do acompanhante. A dimensão de vulnerabilidade em que se encontra o beneficiário é cognoscível no âmbito do comércio jurídico em virtude da publicidade do registo civil (artigo 153.º, n.º 2, do CC e artigo 2.º do Código do Registo Civil) e, como tal, o padrão de actuação e de cuidado é oponível ao terceiro que negocie com o acompanhante e que, para legitimar os seus poderes, terá de invocar o título constitutivo dos mesmos: a sentença judicial. A vinculação à vontade vale para o acompanhante, como para o terceiro, que deverá atender à não substituição do beneficiário. O grau de diligência será apreciado nos termos prescritos pelo artigo 487.º, n.º 2, do CC, atendendo a um critério *in abstracto* e objectivo. A protecção do tráfico jurídico funda-se num critério objectivo corrigido pela tutela da posição vulnerável e frágil do beneficiário que convoca um princípio da sua protecção. As características pessoais e conhecimento das mesmas impõem um tratamento diferenciado (discriminação positiva) a favor da posição do beneficiário.

Aqui se centra o problema do conhecimento e actuação do terceiro, mais do que do acompanhante (que não é necessário que actue com culpa quanto a prejudicar o beneficiário). Os negócios realizados pelo acompanhante (quanto tenha poderes de representação) ou os actos de apoio à decisão do beneficiário ou à autorização deste são subjectivamente complexos e de formação sucessiva. Isto porque pressupõem a intervenção do beneficiário ou do acompanhante como acto integrativo ou complementar de eficácia do negócio.

No entanto, esta conclusão vale para os domínios em que haja prévia especificação do âmbito de atribuições do acompanhamento. Para domínios para os quais o acompanhante não esteja investido, o problema já não é de validade, mas de eficácia. Encontramo-nos no domínio da actuação ao abrigo da gestão de negócios (artigo 471.º do CC) ou dos negócios sem poderes de representação. Nestes últimos, aplica-se, por analogia, o artigo 268.º do CC, na medida em que o recorte da medida pressupõe que seja o título constitutivo dos poderes de representação legal que delimite a legitimidade de actuação do acompanhante, à semelhança do que sucede com a representação voluntária. Sendo o paradigma o apoio na decisão, a representação legal não só se deve restringir a situações de necessidade, como deve ser especificada, não tendo o pendão de representação total que até aqui tinha a tutela na interdição. Logo, perante a existência de áreas não integradas no âmbito dos poderes de representação legal, a ausência de título que legitime a intervenção do acompanhante significa uma actuação sem os necessários poderes de representação que vinculem o beneficiário (artigo 258.º do CC).

Centrando-se no terceiro, pode este ser responsável por danos resultantes de culpa *in contrahendo* (artigo 227.º do CC) nas situações em que a ineficácia não seja bastante para reparar o dano.

8. CONCLUSÕES

Com o presente trabalho pretendeu dar-se espaço à discussão da concretização da relação de cuidado resultante do acompanhamento de pessoa maior.

É nossa convicção que os grandes desafios do novo instituto se colocam a jusante da sua constituição. Trata-se de uma relação duradoura que desafia os operadores judiciais a assegurar a tutela dos direitos do beneficiário e a sua efectiva inclusão social e jurídica, ao mesmo tempo que se exige a sindicância da actuação do acompanhante com vista a evitar a hetero-determinação de interesses.

A nova relação pela sua natureza pessoal e fiduciária incorpora deveres de cuidado que alargam o feixe de poderes-deveres do acompanhante, tornando-o no *pivot* fundamental para a salvaguarda e promoção dos direitos do beneficiário.