

# O MAIOR ACOMPANHADO À LUZ DO ARTIGO 12.º DA CDPD

PAULA TÁVORA VÍTOR

**Resumo:** em 2009, o Estado Português aderiu à Convenção das Nações Unidas dos Direitos das Pessoas com Deficiência (e ao seu Protocolo Adicional), sem a formulação de qualquer reserva. Assumiu, então, uma série de obrigações relativamente à promoção e garantia dos direitos humanos das pessoas com deficiência, ficando, nomeadamente, vinculado à introdução do “novo paradigma”, insito no artigo 12.º da CDPD, da capacidade universal e do modelo do apoio. Em 2018, a reforma do regime do Código Civil que introduziu a figura do acompanhamento visou adequar legislativamente a regulação da capacidade dos adultos às exigências da Convenção. Neste trabalho, analisarei em que medida este novo regime respondeu ao preito da convenção e o papel que o artigo 12.º da CDPD — cujo verdadeiro alcance é objeto de acoso debate — pode desempenhar na interpretação das suas normas e na aplicação das soluções mais adequadas em face das suas exigências.

**Palavras-chave:** Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; capacidade jurídica universal; modelo do apoio; acompanhamento.

**Abstract:** *in 2009, the Portuguese State has signed and ratified the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (as well as its Optional Protocol), without any reservation. It has, therefore, assumed several obligations in order to promote and ensure the human rights of persons with disabilities, namely to introduce the new paradigm of universal capacity and the support model of article 12.º of the CRPD. In 2018, the Portuguese Civil Code has undergone a reform regarding the legal regime of the capacity of adults, so that it would comply with the demands of the Convention. In this article I intend to analyse the outcome of this reform as well as the role that article 12 of the CRPD — whose actual demands are highly debated — may play in the interpretation of the new rules and application of the most adequate solutions.*

**Keywords:** *United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities; universal legal capacity; support model; acompanhamento (custodianship).*

## 1. INTRODUÇÃO

Em 2006, a Organização das Nações Unidas adotou, através da resolução A/RES/61/106, a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e fez assim nascer o primeiro tratado de direitos humanos do século XXI.

Transportar o estandarte inaugural dos direitos humanos num novo ciclo não significou, todavia, uma completa rutura com o passado. A CDPD insere-se numa genealogia que assume no seu Preâmbulo e que inaugura com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, incluindo os outros Tratados

Internacionais sobre Direitos Humanos<sup>1</sup>. Veio, assim, operar uma adaptação às particularidades da situação das “pessoas com deficiência” dos direitos humanos consagrados em termos mais genéricos noutros instrumentos internacionais<sup>2</sup>. Dirige-se, como assume logo no artigo 1.º (1), à promoção, proteção e garantia do pleno e igual gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, num quadro de reconhecimento da sua dignidade inerente. “Deficiência” (*disability*) é definida como “um conceito em evolução”, que “resulta da interação entre pessoas com incapacidades e barreiras comportamentais e ambientais que impedem a sua participação plena e efectiva na sociedade em condições de igualdade com as outras pessoas” (v. al. e) do Preâmbulo da CDPD e, também, artigo 1.º (2) da CDPD). Trata-se, portanto, de uma tradução pouco certa em língua portuguesa de *disability*, que teria melhor expressão no neologismo proposto por CORREIA GOMES de *discapacidade*<sup>3</sup> ou, na expressão que tenho vindo a adotar de *pessoa com capacidade diminuída*<sup>4</sup>, porque é essa a realidade existencial que pretende tratar.

No entanto, apesar desta assumida continuidade com o direito internacional dos direitos humanos, a CDPD também se apresenta com outra feição afirmadora da sua novidade — a CDPD “muda o foco”, uma mudança que resulta não apenas do *conteúdo* que veio a ser consagrado, mas também da própria *forma* como foi elaborada.

A CDPD assume a centralidade do *ethos* “nada sobre nós sem nós”, que preconiza o envolvimento ativo das pessoas com deficiência nas tomadas de decisão ao nível legislativo e de implementação de políticas e programas que lhes digam respeito (cf. artigo 4.º (3) e considerando o) da CDPD). E, de facto, as próprias negociações da CDPD corporizam este ideal. A sua elaboração por um Comité *ad hoc*<sup>5</sup> foi, também, o resultado de intensas negociações, ao longo de oito sessões, com organizações representantes das pessoas com deficiência e outras ONG, que confluíram no chamado *International Disability Caucus*. Deste processo emergiu um instrumento que introduziu um “novo paradigma” e o seu artigo 12.º é identificado como peça central desta mudança.

Mas, o que significa o rótulo impressionante de “novo paradigma”, que se difundiu e generalizou no discurso relativo aos direitos das pessoas com deficiência?

<sup>1</sup> Cf. Preâmbulo da CDPD, em particular considerando b).

<sup>2</sup> PALACIOS, Agustina; BARRIFFI, Francisco, *La Discapacidad como una Cuestión de Derechos Humanos Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Persona con Discapacidad*, 1.ª ed., Madrid, Ediciones Cinca, 2007, p. 55.

<sup>3</sup> GOMES, Joaquim Correia, “Constitucionalismo, Deficiência Mental e Discapacidade: um Apelo aos Direitos”, *Julgár*, n.º 29, 2016, p. 122.

<sup>4</sup> Foi já na minha tese de mestrado, defendida em 2005 e que veio a conhecer publicação em 2008. VÍTOR, Paula Távora, *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

<sup>5</sup> Cf. “<https://www.un.org/development/desa/disabilities/resources/ad-hoc-committee-on-a-comprehensive-and-integral-international-convention-on-the-protection-and-promotion-of-the-rights-and-dignity-of-persons-with-disabilities.html>”.

O primeiro Comentário Geral relativo à CDPD elaborado pelo Comité dos Direitos das Pessoas com Deficiência<sup>6</sup> debruça-se, sem surpresa, sobre o artigo 12.º e apresenta-nos uma aproximação *em negativo* do “novo paradigma” ao definir os traços principais do “velho paradigma” de que pretende afastar-se — associação à incapacitação, à nomeação de um tutor contra a vontade da pessoa, à substituição na tomada de decisão baseada no padrão objetivo dos “melhores interesses”, em vez da vontade e preferências da pessoa com deficiência (Comentário Geral n.º 1, §27).

O artigo 12.º vem introduzir a exigência da *capacidade universal*, que convoca a introdução do modelo do *apoio* em detrimento dos clássicos esquemas de *substituição*. E fá-lo debaixo da bandeira da *igualdade*. Na verdade, a epígrafe deste preceito é “Reconhecimento igual perante a lei”. Assume, deste modo, a irrenunciável ligação do reconhecimento da capacidade com o tratamento conforme com o princípio de igualdade da pessoa com deficiência. E opera a densificação da garantia da igualdade construindo um “sistema crescente”<sup>7</sup>, que parte do reconhecimento da pessoa com deficiência, enquanto *pessoa em sentido jurídico, i.e.*, enquanto titular de direitos e deveres, e avança para a consagração da *capacidade jurídica* universal — das suas garantias e das suas exigências. Este preceito-chave vai, assim, filiar-se nos modelos biopsicossocial e jusfundamental, que centram o seu discurso na definição de um estatuto jurídico da pessoa “com deficiência” que toma por referência os seus direitos humanos e a visão polideterminada da sua condição, resultado de fatores pessoais, individuais e ambientais<sup>8</sup>.

Neste trabalho, debruçar-me-ei sobre o papel que o artigo 12.º da CDPD<sup>9-10</sup> pode desempenhar no âmbito do regime do maior acompanhado, introduzido pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto<sup>11</sup> — a mais marcante alte-

<sup>6</sup> COMITÉ DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, *General Comment n.º 1*, 2014 (in “<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>”).

<sup>7</sup> EBOLI, Valeria, “Articolo 12, Uguali riconoscimento dinanzi alla legge,” in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità. Commentario* (a cura di Sergio Marchisio, Rachele Cera, Valentina della Fina, Roma: Aracne, 2010, p. 172).

<sup>8</sup> Neste sentido, GOMES (nota 3), pp. 126, 127, 129 e 130. Afasta-se, assim, de anteriores modelos de cariz médico-terapêutico e de feição paternalista.

<sup>9</sup> Este foco da reflexão que aqui se faz não ignora a relevância do disposto em outros artigos da CDPD no âmbito do regime do maior acompanhado, que começa pela própria definição dos destinatários das medidas, cuja compreensão está ligada ao artigo 1.º, e que assume um particular peso na análise dos direitos familiares consagrados no artigo 23.º da CDPD. Este não é, todavia, o âmbito desta análise e a referência a estes será (infelizmente) breve.

<sup>10</sup> Esta análise teve como ponto de partida aquela que levei a cabo no comentário ao artigo 12.º da CDPD, em curso de publicação, in GOMES, Joaquim Correia; NETO, Luísa; VÍTOR, Paula Távora (org.), *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência — Comentário*, Lisboa: INCM, 2020, que encerra de forma menos desenvolvida várias ideias plasmadas neste artigo e que, nesses pontos, siga de perto.

<sup>11</sup> O tratamento da capacidade pelo artigo 12.º da CDPD tem, também, implicações noutras matérias, nomeadamente naquelas atinentes à responsabilidade criminal e ao processo penal (sobre as quais se debruçam os artigos 13.º e 14.º da CDPD), no entanto, esse não será o foco deste escrito.

ração legislativa no nosso ordenamento jurídico, que resultou da aprovação<sup>12</sup> e ratificação da CDPD, em 2009, pelo Estado Português<sup>13</sup>. Esta introduziu um sistema que foi crismado como monista (de medida única), que não assenta na incapacitação necessária do beneficiário. Para a sua análise, terei em mente que a força conformadora da CDPD (e deste preceito em particular) não se pode esgotar no impulso legiferante que provocou, mas tem de ser ativamente convocada na interpretação das suas normas, na aplicação das suas exigências e na execução das soluções que foram introduzidas.

## 2. RUMO AO FAROL DA CDPD

As exigências que vieram a ser corporizadas pela CDPD não eram inteiramente novas no nosso ordenamento jurídico, apesar de não assumirem a mesma configuração. Já antes da adesão à CDPD pelo Estado Português, antes mesmo da sua própria adoção pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, não só outros instrumentos internacionais<sup>14</sup>, como as normas do próprio direito interno impunham um tratamento conforme com os direitos fundamentais das pessoas com capacidade diminuída que não recebia resposta nos instrumentos do Direito Civil vigentes à época — a interdição e a inabilitação.

Na realidade, a própria Constituição — o seu regime de direitos fundamentais e, em particular, as exigências que decorrem do *princípio da igualdade* — constitui a base sobre a qual se deve alicerçar a abordagem à capacidade das pessoas maiores. Como a nossa doutrina já tem defendido, pode considerar-se que o direito à capacidade jurídica decorre do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e da capacidade civil (artigo 26.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa — CRP), bem como do princípio da dignidade humana<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009.

<sup>13</sup> Juntamente com o seu Protocolo Opcional — Resolução da Assembleia da República n.º 57/2009.

<sup>14</sup> Pense-se não só nos tratados de direitos humanos invocados pela própria CDPD, mas também nos instrumentos de incontornável relevância que resultaram do labor do Conselho da Europa, como a Recomendação n.º R(99)4 do Conselho da Europa relativa aos Princípios Respeitantes à Protecção Jurídica dos Maiores Incapazes — CONSEIL DE L'EUROPE (Conselho da Europa), *Principes concernant la protection juridique des majeurs incapables — Recommendation n. R (99) 4 et exposé des motifs, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, juillet, 1999* — ou a Recomendação CM/Rec (2009)11 (Princípios relativos às procações permanentes e directivas antecipadas em previsão da incapacidade — *Principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity (Recommendation CM/Rec(2009)11 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 9 December 2009 and explanatory memorandum). Council of Europe Publishing.*

<sup>15</sup> RIBEIRO, Geraldo, “O sistema de protecção de adultos (incapazes) do Código Civil à luz do artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos — Vol. II* (Org. por Maria Lúcia Amaral), Coimbra: Almedina, 2016, p. 1124.

A restrição destes direitos, que integram o catálogo dos direitos, liberdades e garantias, está, também, sujeita ao regime específico do artigo 18.º da CRP e, portanto, só poderá ser levada a cabo “nos casos expressamente previstos na Constituição”, em conformidade com o princípio da proibição do excesso ou proporcionalidade em sentido amplo<sup>16</sup>. Deste modo, a CRP só sustenta uma restrição a qualquer destes direitos na estrita medida em que possa ser justificada por fins de proteção e promoção dos interesses dos seus titulares. Ora, o regime da interdição e da inabilitação caracterizava-se por uma rigidez e por um apego a uma lógica necessariamente restritiva de direitos que não se compadecia com estas exigências<sup>17</sup>.

É certo que este corpo de regras que definia a incapacidade das pessoas maiores é o resultado da versão inaugural (pré-Constituição de 1976) do Código Civil (Decreto-lei n.º 47344/66, de 25 de novembro, doravante CC), mas também é verdade que o advento da nossa Lei Fundamental motivou, no ano que se seguiu, a grande alteração deste diploma, que o refundou nos princípios constitucionais que constituem o travejamento da nova ordem democrática. A Reforma de 1977 (Decreto-lei n.º 496/77, de 25 de novembro) procedeu a um extenso labor de reconfiguração da legislação civil em função do princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP), todavia, teve o seu foco principalmente dirigido para as relações familiares (e para as suas decorrências sucessórias)<sup>18</sup> e deixou praticamente intocado o regime da capacidade das pessoas maiores<sup>19</sup>.

A inércia do legislador naquele momento não teria impedido posteriores iniciativas de fiscalização da constitucionalidade (cf. artigo 281.º da CRP)<sup>20</sup>, nem uma postura crítica por parte dos tribunais, que tivessem conduzido à sua desaplicação (cf. artigo 280.º, n.º 1, al. a), da CRP) ou, pelo menos, a uma aplicação mais conforme com a Constituição. Todavia, também estes

---

<sup>16</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. Ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 457, CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, arts. 108.º-296.º, 4.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 392, e MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2007, pp. 274 e ss..

<sup>17</sup> A análise crítica do regime pode encontrar-se em VÍTOR (nota 4), pp. 37 e ss..

<sup>18</sup> COLLAÇO, Isabel de Magalhães, *A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966, um olhar vinte e cinco anos depois*, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Coimbra, Coimbra Editora. vol. I — Direito da Família e das Sucessões, 2004, pp. e 18 ss..

<sup>19</sup> As alterações que encontramos estão relacionadas com a ligação com o regime da menoridade (revogação do n.º 3 do artigo 138.º do CC) e com a consagração de igual posição aos progenitores no seio do regime (alterações nos artigos 141.º e 143.º do CC) e não com a posição da pessoa com capacidade diminuída.

<sup>20</sup> O tardio despertar jurídico para este tópico faz com que o elenco de fatores de discriminação enunciado no artigo 13.º da CRP não tenha conhecido a introdução da deficiência em nenhuma revisão constitucional. Todavia, a doutrina tem considerado que a CDPD crismou a “deficiência” como fator de discriminação inadmissível. V. DEGENER, Theresia, “A New Human Rights Model of Disability”, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Della Fina, Valentina, Cera, Rachele, Palmisano, Giuseppe (Eds.), Cham: Springer, 2017, p. 43.

pautaram a sua atuação pela inércia e até por um apego à medida mais restritiva, a interdição, mesmo face à alternativa menos limitadora dos direitos que se apresentava com a inabilitação<sup>21</sup>, a que não devem ter sido estranhas mundivências ainda tributárias de conceções reabilitadoras e paternalistas da capacidade diminuída.

Deste modo, o quadro garantístico dos direitos da CRP coexistiu durante várias décadas com o regime original do CC da interdição e da inabilitação. Em 2009, todavia, com a adesão à CDPD por parte do Estado Português, tornou-se patente a desconformidade de tal corpo de regras com o atual entendimento dos direitos das pessoas com capacidade diminuída.

A partir deste momento e mesmo antes de qualquer alteração legislativa a nível interno, é possível reconhecer o efeito da CDPD no entendimento dos regimes de proteção das pessoas maiores e que podemos fazer decorrer da “amizade jurídico-constitucional da Constituição Portuguesa” e da abertura do seu catálogo de direitos fundamentais aos *apports* do direito internacional<sup>22</sup>.

De facto, a doutrina vem defender uma interpretação pós-CDPD da CRP, em função do princípio da igualdade, para seguidamente a fazer refletir-se ao nível civil<sup>23</sup>, uma vez que uma leitura em conformidade com a CDPD poderia decorrer do próprio caráter *self-executing* das normas da Convenção<sup>24</sup>.

Mas as exigências da CDPD ao ordenamento jurídico português foram mais profundas. De facto, o próprio Comité dos Direitos das Pessoas com Deficiência, em Relatório de 20 de maio de 2016<sup>25</sup>, entendeu dever recomendar a reforma do sistema jurídico português de incapacidades com vista à inclusão das pessoas com deficiência e à garantia dos seus direitos através da revogação dos institutos da interdição e da inabilitação.

O regime jurídico do maior acompanhado (Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto) surgiu como a última<sup>26</sup> reação legislativa a estas exortações (cf. Proposta de Lei n.º 110/XIII). Há, portanto, que averiguar em que medida responde às exigências da CDPD e quais as possibilidades que tem de o fazer. Na verdade, se é certo que as medidas tradicionais da interdição e da inabilitação desapareceram do ordenamento jurídico português, há ainda questões de

<sup>21</sup> Note-se que, já face a este regime, H. E. Hörster sublinhava o caráter maleável da inabilitação “conforme a diminuição da capacidade do inabilitado no caso concreto”. HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português*, reimp. da edição de 1992, Coimbra: Almedina, 2003, p. 344.

<sup>22</sup> MACHADO, Jónatas E. M., *Direito Internacional Público*, Coimbra: Gestlegal, 5.ª Ed., p. 168.

<sup>23</sup> SOUSA, Filipe Venade de, *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Ordenamento Jurídico Português — Contributo para a Compreensão do Estatuto Jusfundamental*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 521 e ss.. V., também, GOMES (nota 3), p. 141.

<sup>24</sup> RIBEIRO (nota 15) pp. 1108. Sobre o caráter *self-executing*, v. MACHADO (nota 22) p. 173.

<sup>25</sup> COMITÉ DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, Relatório de 20 de Maio de 2016 (in “[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/PRT/CO/1&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/PRT/CO/1&Lang=en)”).

<sup>26</sup> Na realidade, foi antecedida pelo Projeto de Lei n.º 61/XIII/1.º, de dezembro de 2015, apresentado pelos grupos parlamentares do PSD e do CDS-PP.

conformidade com a CDPD — e, em particular, com o artigo 12.º da CDPD — que devem ser objeto da nossa atenção, como foi advertido pelo Mecanismo Nacional de Monitorização da Implementação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, no seu relatório de 2018<sup>27</sup>.

Esta avaliação da obediência das soluções concretas do nosso regime civil aos ditames do preceito-chave da CDPD não se afigura como tarefa fácil, todavia. De facto, aquilo que *em concreto* o “novo paradigma” impõe é objeto de aceso debate. O artigo 12.º é marcado por uma *ambiguidade*<sup>28</sup> que potencia amplamente diferentes compreensões e concretizações legislativas por parte dos seus aplicadores. Esta ambiguidade permitiu, no entanto, acolher o que já foi crismado de *unidade estratégica* das posições fragmentadas do IDC<sup>29</sup> e criar uma oportunidade de discussão, à qual nos temos de associar, acerca das tradicionais pressuposições e da construção de novos entendimentos<sup>30</sup>, inclusivamente, ao nível do próprio quadro conceptual da capacidade.

### 3. A “LUZ” DO ARTIGO 12.º DA CDPD — ESTALÃO LEGISLATIVO E ÓCULO INTERPRETATIVO

Aflorámos já o papel central que o artigo 12.º da CDPD representa na introdução de um “novo paradigma” de compreensão dos direitos das pessoas com capacidade diminuída. O carácter inovador deste conteúdo, com toda a densidade em termos de consequências jurídicas, beneficia de uma operacionalização que resulta das obrigações que os Estados Partes assumem, desde logo, nos termos do artigo 4.º da CDPD. Estas obrigações acabam por convocar o Estado em diferentes vestes, mas também para que estenda a influência da Convenção a outros operadores. Assim, encontramos o compromisso dos Estados Partes no sentido de legislar e de tomar medidas apropriadas à implementação dos direitos consagrados na CDPD e tal incluiu não só garantir que as autoridades e instituições públicas agem em conformidade com a Convenção, mas também que “pessoa, organização ou empresa pri-

---

<sup>27</sup> MECANISMO NACIONAL DE MONITORIZAÇÃO DA IMPLEMENTAÇÃO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, Relatório de atividades, 2018, pp. 44 e ss..

<sup>28</sup> REINA, Maria, “How the International Disability Caucus worked during negotiations for a UN Human Rights Convention on Disability”, February 2008 (in “<http://globalag.igc.org/agingwatch/events/CSD/2008/maria.htm>”), s/p.

<sup>29</sup> REINA (nota 28), s/p. Outra das vantagens que parece decorrer da formulação ambígua do artigo 12.º CDPD foi ter facilitado a adesão à CDPD por parte de Estados para os quais a renúncia total a mecanismos de substituição seria inadmissível.

<sup>30</sup> Ao nível internacional, neste debate tem sido essencial, em conformidade com a máxima “nada sobre nós sem nós”, a centralidade das posições das pessoas com deficiência e as suas organizações representativas. SERIES, Lucy, e NILSSON, Anna, “Article 12: Equal Recognition Before the Law”, in BANTEKAS, Ilias, STEIN, Michael Ashley, e ANASTASIOU, Dimitris (eds.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2018, pp. 341 e 343.

vada” não adotem práticas discriminatórias com base na deficiência (cf. als. a), b), d) e e) do artigo 4.º da CDPD).

Deste modo, e no que às medidas relacionadas com a salvaguarda da pessoa maior e com o exercício da sua capacidade diz respeito, a CDPD impõe-se na atividade de legiferar, de julgar e de executar.

Manifesta-se num primeiro momento impondo obrigações ao Estado legislador. Foi a estas que o Estado português pretendeu responder com o regime do maior acompanhado. Para além disso, convoca o Estado julgador — e fá-lo independentemente de qualquer mediação legislativa interna, na medida em que reconheçamos caráter *self-executing* às normas da Convenção<sup>31</sup> — impondo uma leitura em conformidade com a CDPD<sup>32-33</sup>. Por fim, ultrapassadas as relações verticais, e estendendo-se para as relações horizontais, no que diz respeito a cuidadores e mesmo a outros terceiros, o Estado terá de criar condições para uma atuação não discriminatória conforme com a CDPD<sup>34</sup>.

Há, ainda, um importante elemento a ter em conta na consideração da força conformadora da CDPD relativamente ao direito nacional — a aceitação desta pelo Estado Português a partir do momento em que abdicou de emitir qualquer declaração de interpretação das normas da CDPD<sup>35</sup>, não tendo formulado qualquer reserva (Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009).

Significa, assim, que as ideias-chave do novo paradigma têm de operar naqueles diferentes estratos que identificámos, partindo-se do reconhecimento da personalidade jurídica para o reconhecimento da capacidade jurídica em condições de igualdade, fazendo funcionar o modelo do apoio no exercício da capacidade jurídica e assegurando as garantias relativamente às medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica.

Ora, como já vimos, as formulações do artigo 12.º da CDPD são ambíguas e, na sua interpretação, será essencial descolarmo-nos, por vezes, de conceitos profundamente enraizados no nosso ordenamento jurídico. De facto, há que ter presente que o texto do artigo 12.º é o resultado de tensões a

<sup>31</sup> RIBEIRO (nota 15), p. 1108.

<sup>32</sup> Este movimento pode já denotar-se na jurisprudência internacional. Vejam-se, por exemplo, o Ac. do Tribunal de Justiça da União Europeia *HK Danmark v. Dansk*, em que o conceito de “deficiência” da CDPD é tomado como referência na interpretação da Diretiva 2000/78/CE, ou o caso *Glor v. Switzerland* (application no. 13444/04) do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no qual se assumiu a relevância da CDPD na interpretação da CEDH à luz das “circunstâncias atuais”.

<sup>33</sup> Entre nós, na jurisprudência constitucional, veja-se o Ac. n.º 359/2011 do Tribunal Constitucional português, que recorreu à CDPD para justificar o reconhecimento e promoção dos direitos das pessoas com deficiência no acesso à justiça (artigo 13.º da CDPD).

<sup>34</sup> Filipe Venade de Sousa refere-se a uma “obrigação de resultado” neste sentido. SOUSA (nota 23), p. 207.

<sup>35</sup> Não seguiu, portanto, as pisadas de outros Estados cuja dificuldade em abandonar o modelo de substituição enraizado nos seus ordenamentos jurídicos levou à emissão de declarações de interpretação dos preceitos da CDPD neste sentido (*in* “[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-15&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en)”).

vários níveis: por um lado, da dificuldade de conciliar diferentes tradições jurídicas, que se exprimem através de quadros conceptuais diversos<sup>36</sup>; por outro lado, do choque das exigências do ativismo das organizações representativas dos direitos das pessoas com deficiência com as categorias técnico-jurídicas tradicionais, que acabam por ter de emergir reconfiguradas, sob pena de já não conseguirem traduzir o novo discurso dos direitos.

No âmbito deste esforço interpretativo há que destacar dois importantes contributos que nos permitem explorar o alcance dos novos significados introduzidos pela CDPD. Por um lado, e assumindo o seu lugar no âmbito do elemento histórico da interpretação, há que considerar as posições do IDC durante as negociações, que lançam luz sobre o conceito de “capacidade jurídica” e o modelo de apoio perfilhados pela CDPD. Em particular, nas negociações do artigo 12.º, assumiram especial protagonismo a *World Network of Users and Survivors of Psychiatry* (WNUSP) e a *Inclusion International*<sup>37</sup>. Por outro lado, percebemos já o carácter incontornável dos Comentários Gerais do Comité — e aqui, em particular, do Comentário Geral n.º 1, que se ocupa do artigo 12.º, relativamente ao qual assume particular interesse nesta sede perceber qual o seu verdadeiro valor.

#### 4. O REGIME JURÍDICO DO MAIOR ACOMPANHADO SOB A “LUZ” DO ARTIGO 12.º DA CDPD

##### 4.1. A capacidade universal do artigo 12.º e a capacidade no regime jurídico do maior acompanhado

Apesar de a epígrafe do artigo 12.º da CDPD destacar a “igualdade” (“Reconhecimento igual perante a lei”), este preceito pretende debruçar-se sobre a capacidade. Da igualdade, em termos genéricos, trata a CDPD no artigo 5.º. É certo, porém, que se percebe a ligação que se estabelece entre estes conceitos no artigo 12.º — pretende consagrar-se um conceito de capacidade orientado para a realização da igualdade que aparece na própria definição de “deficiência” (*disability*) da CDPD: aquilo que impede a “participação plena e efetiva na sociedade em condições de *igualdade* com as outras pessoas” (v. al. e) do Preâmbulo da CDPD e, também, artigo 1.º (2) da CDPD (itálico meu)<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Veja-se, *infra*, a questão a propósito do conceito de “capacidade jurídica”.

<sup>37</sup> SERIES e NILSSON (nota 30), p. 344, que acrescentam que se notou a fraca representatividade do importante grupo das pessoas com demência.

<sup>38</sup> Segundo o Comentário Geral n.º 6, a diferença fundamental entre as obrigações de “acomodação razoável” do artigo 5.º e de prover ao apoio ao abrigo do artigo 12.º é o facto de as exigências do artigo 12.º não conhecerem limites, sendo sempre necessário o apoio para o exercício da capacidade, ainda que seja desproporcionado. COMITÉ DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, *General Comment n.º 6*, 2018, §48.

Todo o artigo 12.º é aglutinado por uma *força centrípeta*. No seu núcleo funcional encontramos o novo entendimento da capacidade e é este que chama a si as restantes dimensões tratadas, ancilares relativamente a esta proclamação.

Assim, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, que é consagrado no parágrafo 1, e que implica que *todas* as pessoas com *deficiência* sejam pessoas do ponto de vista jurídico, cria as condições aptas a fundar a “capacidade jurídica”.

Relativamente a este ponto, poderíamos retorquir que não representou qualquer inovação entre nós, que tal garantia já decorreria das normas constitucionais (v. artigos 1.º, 12.º e 13.º da CRP) e que se encontra bem firmada no CC, que consagra a aquisição da personalidade jurídica a partir do “nascimento completo e com vida”, sem mais exigências (artigo 66.º, n.º 1, do CC)<sup>39</sup>.

Este sólido enraizamento no nosso ordenamento jurídico nem por isso torna este preceito irrelevante. De facto, para além das implicações técnicas que impõe — e a que o regime jurídico do maior acompanhado já não precisou de responder — marca a posição inicial da CDPD quanto a uma possível *objetificação* da pessoa com deficiência<sup>40</sup>. Assistimos, assim, a uma demarcação das compreensões preconizadas por modelos que ainda afloram em alguns pontos do nosso sistema, de conotações médico-terapêuticas e paternalistas<sup>41</sup>.

Para além disso, o reconhecimento da personalidade jurídica nestes termos constitui também o primeiro ponto de referência num *continuum* personalidade jurídica/capacidade de gozo/capacidade de exercício<sup>42</sup>. De facto, na abordagem clássica, na personalidade jurídica encontramos a “qualidade” do ente (a aptidão para ser titular de direitos e deveres), na capacidade de gozo, temos a “medida” dessa aptidão (que traça um círculo maior ou menor de relações jurídicas de que este pode ser titular) e, por fim, temos a capacidade de exercício ou capacidade de agir, que delimita a aptidão para movimentar — *por si* — a sua esfera jurídica<sup>43</sup>. Estes tornaram-se, todavia, conceitos que são objeto de debate e de requalificações no seio da CDPD.

---

<sup>39</sup> Capelo de Sousa escreve que a tutela geral da personalidade vale para “qualquer portador de deficiência física ou mental”. SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 174.

<sup>40</sup> EBOLI (nota 7), p. 172.

<sup>41</sup> Pense-se na própria definição do artigo 138.º do CC que resultou da reforma do maior acompanhado e que continua a referir-se a “*razões de saúde*”, pouco consentâneas com o abandono, pelo direito internacional, do modelo médico no tratamento da condição jurídica dos maiores.

<sup>42</sup> Estes conceitos encontram-se já na lição de Manuel de Andrade em ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Sujeitos e Objecto, Reimp., Coimbra, 2003, pp. 30 e ss..

<sup>43</sup> Esta aptidão para movimentar “por si” a sua esfera jurídica aparece-nos tradicionalmente identificada nas situações em que não há substituição por um representante legal, nem a sujeição ao consentimento de um assistente (“por acto próprio e exclusivo”), sendo, ainda,

### 4.1.1. A capacidade jurídica

No parágrafo 2 do artigo 12.º da CDPD encontramos o *sancta sanctorum* do preceito: a consagração do paradigma da *capacidade universal*.

Uma primeira leitura mais apegada a categorias internas poderia ver aqui apenas a garantia a todos da capacidade de gozo (também denominada entre nós, coincidentemente, de “capacidade jurídica”). Nestes termos, o artigo 12.º apenas consagraria a impossibilidade de limitação da capacidade de gozo e, assim, qualquer limitação ao círculo de relações jurídicas de que a pessoa com capacidade diminuída pudesse ser titular.

Ora, ainda que assim fosse, nem neste primeiro nível poderíamos defender que o novo regime jurídico do maior acompanhado está isento de mácula. Na verdade, no artigo 147.º do CC, que se apresenta como uma disposição que trata da capacidade *de exercício*, aflora-se a possibilidade de se estabelecerem verdadeiras incapacidades que decorrem da lei, não só de exercício, mas também de gozo, para além de se admitir que a decisão que instaure o acompanhamento limite a capacidade no âmbito dos atos pessoais — em contradição com o disposto no artigo 23.º da CDPD —, em vez de remeter para uma avaliação da capacidade em sede da sua prática<sup>44</sup>.

No que à capacidade para ser titular de direitos diz respeito, o artigo 12.º ocupa-se da concretização na área patrimonial, preocupado em acautelar as situações que maiores problemas levantarão na prática, tanto em contexto familiar, como institucional. Daí que estabeleça a proibição de privação *arbitrária* de património<sup>45</sup> e o direito a herdar património. Relativamente a estes, se é certo que nada na lei punha em causa a sua titularidade e nada na lei (nomeadamente no regime do maior acompanhado) passou a fazê-lo perigar, também não podemos deixar de ter em conta que esta garantia pode

---

possível recorrer à representação voluntária. Ver, entre outros, ANDRADE (nota 43), p. 31, PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2005, em particular, p. 221, ou CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Centelha, 1981, p. 167. Mesmo depois da entrada em vigor do regime do maior acompanhado, Mafalda Barbosa entendeu manter a definição tradicional — BARBOSA, Mafalda Miranda, *Maiores Acompanhados, Primeiras Notas depois da aprovação da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto*, Coimbra: Gestlegal, 2018, p. 62, e Carlos Ferreira de Almeida persiste nela igualmente. V. ALMEIDA, Carlos Ferreira de, “Capacidade e incapacidades contratuais dos maiores acompanhados”, *Revista de Direito Comercial*, 2020-05-12, “www.revistadedireitocomercial.com”, pp. 1053 e 1054. Também António Menezes Cordeiro remete para aqueles conceitos sem considerações adicionais e não resulta da referência ao regime do acompanhamento uma outra posição. V. CORDEIRO, António Menezes *Tratado de Direito Civil*, IV, 5.ª Ed., Coimbra: Almedina, 2019, p. 375 e pp. 564 e ss., em particular.

<sup>44</sup> Em anotação ao artigo 147.º do CC, desenvolvo esta matéria. V. VÍTOR, Paula Távora, Anotação ao artigo 143.º, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 2.ª Ed., Ana Prata (coord.), Coimbra: Almedina, 2019, pp. 188-190.

<sup>45</sup> Não define, todavia, aquilo que entende por *património*, nem o que constitui a sua privação *arbitrária*, daí que se justifique lançar mão do critério de proporcionalidade estabelecido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem para este efeito (v. caso *Bélané Nagy v. Hungary*, App. no. 53080/13, §115).

dependem de convocar outras áreas do direito, como por exemplo, as garantias processuais no âmbito do regime do inventário, que devem ser interpretadas no sentido da promoção do acesso a estes direitos (cf., por exemplo, o artigo 12.º da Lei n.º 117/2019, de 13 de setembro).

As exigências do artigo 12.º (2) da CDPD são, todavia, maiores do que garantir que se pode ser titular dos direitos. De facto, a consagração do paradigma da capacidade universal confronta-se com a já aludida dificuldade em encontrar um conceito unânime, internacionalmente aceite, de “capacidade jurídica”. A este propósito, e perante a distinção existente em alguns ordenamentos jurídicos — como o português — entre “capacidade de gozo” e “capacidade de exercício” de direitos, o IDC veio insistir na necessidade de considerar a “capacidade de exercício” como essencial do ponto de vista da autodeterminação, opondo-se, portanto, à sua limitação<sup>46</sup>. Esta posição foi, aliás, retomada no Comentário Geral n.º 1, em 2014, que sustenta que a capacidade jurídica envolve tanto a possibilidade de ser titular de direitos, como a liberdade de exercer esses direitos (§12), o que tem implicações, “em todos os aspetos da vida”, ou seja, quer no âmbito patrimonial, previsto no §5 do artigo 12.º, quer no âmbito pessoal (cf., em particular, o artigo 23.º da CDPD).

Ora, esta incindibilidade não resulta clara do novo regime jurídico do maior acompanhado. Na verdade, podemos até considerar que é contraditada por este de forma ativa.

É certo que o ponto de partida do novo regime é — como não podia deixar de ser — afastar o caráter necessário do decretamento da incapacidade do âmbito dos regimes de proteção de pessoas maiores (cf. Proposta de Lei n.º 110/XIII). Assim, deve admitir-se — favorecer-se mesmo — que seja instaurada uma medida de acompanhamento sem que seja decretado qualquer âmbito de incapacidade<sup>47</sup>. Todavia, não deixa de admitir a possibilidade desta limitação e até de a destacar.

O artigo 147.º ilustra esta contradição de forma clara. De facto, apesar de parecer garantir uma esfera de capacidade — relativamente aos direitos pessoais e à celebração de negócios da vida corrente —, de exercício livre de direitos, acaba por se estabelecer uma nota dissonante num sistema em que a *regra é sempre a da capacidade* das pessoas adultas (artigo 130.º do CC). A consagração de um *núcleo mínimo de capacidade* não deve assumir relevância autónoma num contexto de um sistema que se apresenta como não restritivo da capacidade, por princípio (Proposta de Lei n.º 110/XIII, p. 3). Para além disso, a norma do artigo 147.º faz seguir a esta declaração dis-

<sup>46</sup> SERIES e NILSSON (nota 30), p. 345.

<sup>47</sup> MONTEIRO, António Pinto, “Das Incapacidades ao Maior Acompanhado, Breve Apresentação da Lei n.º 49/2018”, in *RLJ*, Ano 148.º, Novembro-Dezembro de 2018, p. 76. Em sentido análogo, ver KEYS, Mary, “Article 12 [Equal Recognition Before the Law]”, in *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Della Fina, Valentina, Cera, Rachele, Palmisano, Giuseppe (Eds.), Cham: Springer, 2017, p. 269.

pensável a possibilidade de limitação do exercício daqueles direitos por disposição legal ou decisão judicial (artigo 147.º do CC).

E também podemos considerar que o princípio da capacidade universal poderá estar em causa pela previsão da possibilidade de limitar a atuação do acompanhado sujeitando a prática de determinados atos ou categorias de atos à “autorização prévia” do acompanhante (artigo 145.º, n.º 2, al. d), do CC).

Por fim, apresenta um regime relativo à validade dos atos do acompanhado atento aos mesmos interesses que presidiam às preocupações de preservação patrimonial do anterior regime (artigo 154.º do CC).

Ainda assim, as possibilidades de restringir a capacidade apresentam-se mais contidas do que no anterior regime. Mas serão compatíveis com as exigências da CDPD?

A determinação do alcance do reconhecimento da capacidade jurídica “em condições de igualdade” não pode abdicar de uma articulação com o disposto no artigo 2.º da CDPD, que repudia quaisquer formas de discriminação, quer direta, quer indireta<sup>48</sup>. A consagração do paradigma da *capacidade universal*, parece, no entanto, ir mais longe nesta avaliação e crismar qualquer limitação da capacidade como excludente e discriminatória em si mesma<sup>49</sup>. Para VOLKER LIPP, aliás, quando tratado do ponto de vista da *limitação* da capacidade, o direito do artigo 12.º(2) apresenta maiores atinências com a consagração de uma *liberdade* do que com um direito de igualdade, cuja feição surge quando se trata de comparar o tratamento com o de outrem, resultando essa comparação num juízo de discriminação<sup>50</sup>.

Este debate não se encontra encerrado, todavia<sup>51</sup>. E a discussão também transita para o contexto do parágrafo 5 do artigo 12.º da CDPD, que se ocupa, em particular, das medidas na área patrimonial. Neste âmbito, complementa-se a proteção da titularidade do direito de propriedade da pessoa com deficiência com o direito de esta a controlar os seus assuntos financeiros. E é neste âmbito que se questiona se a CDPD proíbe restrições ao direito de administrar o próprio património motivadas pelas dificuldades cognitivas (por vezes, ligadas à dificuldade de avaliar ou reconhecer números, quantidades ou dinheiro)<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> CERA, Rachele, Article 2, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Della Fina, Valentina, Cera, Rachele, Palmisano, Giuseppe (Eds.), Springer, 2017, pp. 111 e ss..

<sup>49</sup> SERIES e NILSSON (nota 30), p. 362.

<sup>50</sup> LIPP, Volker, “Assistenzprinzip und Erwachsenenschutz”, *Familienrechtzeitschrift*, Heft 1, 2017, p. 5.

<sup>51</sup> Veja-se, por exemplo, a posição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em *Arskaya v. Ukraine* (app. 45076/05).

<sup>52</sup> SERIES e NILSSON (nota 30), p. 377.

#### 4.1.2. Para além da “capacidade jurídica”

O conceito de *capacidade jurídica*, no contexto da CDPD, não se identifica com a *capacidade mental*<sup>53</sup>. É, pelo menos, o que resulta do Comentário Geral n.º 1, no qual o Comité se pronuncia no sentido de os défices na capacidade mental (quer meramente percecionados, quer reais) não poderem constituir fundamento para negar a capacidade jurídica (§13). Na verdade, a capacidade mental estará relacionada com “aptidões decisórias”, variáveis em função de diversos fatores (temporais, pessoais, contextuais, emocionais), em toda a população. Tal conduz ao afastamento, por parte do Comentário Geral n.º 1 (§§ 15 e 25), de qualquer tipo de avaliação da capacidade, pelo seu caráter contingente e por contradizer o princípio da universalidade. Na realidade, se é certo que os modelos tradicionais, quer ligados ao *status*, quer à avaliação em função do resultado (que se centram, por exemplo, na “irrazoabilidade” das decisões tomadas) não se poderão considerar em conformidade com as novas exigências, também os testes funcionais, que avaliam as aptidões cognitivas para entender e ponderar a natureza de uma determinada decisão, enfrentam a crítica de não tomarem em conta as “dimensões relacionais” da capacidade mental<sup>54</sup>.

Ora, nem todos os processos de aferição da capacidade mental podem ser objeto das mesmas críticas e a recusa a uma qualquer avaliação da capacidade mental pode não acautelar a sua situação — por falhar em definir os exatos contornos do caso concreto. Certo parece ser que uma séria consideração do modelo biopsicossocial que preside à CDPD implica que, do ponto de vista processual, qualquer avaliação que se faça da situação da pessoa com capacidade diminuída não possa prescindir da determinação não só de elementos médicos, mas também de elementos ambientais, nomeadamente, de inserção social. Esta referência falta, todavia, nos elementos enunciados para o requerimento inicial do processo de acompanhamento e terão de ser supridos pelo tribunal (artigos 892.º e 897.º do Código de Processo Civil — CPC).

#### 4.2. O modelo do apoio do artigo 12.º da CDPD e a medida do acompanhamento

No parágrafo 3, o artigo 12.º introduz o chamado modelo do *apoio*, o apoio *no exercício da capacidade jurídica*. As medidas de apoio que os Estados são instados a tomar apresentam, assim, um caráter instrumental relativamente à consagração do paradigma da capacidade jurídica universal.

<sup>53</sup> SERIES e NILSSON (nota 30), p. 352, e KEYS (nota 47), p. 268.

<sup>54</sup> SERIES e NILSSON (nota 30), p. 353, e KEYS (nota 47), p. 276.

Na base do modelo do apoio encontramos o entendimento, que está subjacente ao próprio conceito de deficiência plasmado no artigo 1.º da CDPD<sup>55</sup>, de que todas as decisões humanas resultam de uma rede de interdependências<sup>56</sup>. Daqui decorre uma ideia que deverá nortear a modelação em concreto dos esquemas de salvaguarda das pessoas maiores e, em particular, o acompanhamento — a de que é a promoção da atuação da pessoa com capacidade diminuída, no respeito pelas suas vontades e preferências, e não é na paralisação da sua atuação, que constituiu o cerne do novo paradigma — “participação apoiada em detrimento de proteção paternalista”<sup>57</sup>.

No intuito de se demarcar de anteriores conotações de uma terminologia com longa tradição jurídica, o regime de 2018 introduziu uma designação nova — *acompanhamento*, que pretende, por um lado, evitar um “qualquer efeito estigmatizante” e promover a dignidade do “maior acompanhado” e do acompanhante<sup>58-59</sup> — e que, em última análise, quererá fazer aceno ao conceito de *apoio*.

Podemos considerar que aquilo que constituiu o cerne do modelo do *apoio* é o *papel central da vontade e preferências* da pessoa com deficiência, relativamente às quais terá de ser assumido um papel *facilitador*<sup>60</sup>. Daqui decorre uma série de consequências.

Desde logo, o Comentário Geral n.º 1 frisa que deve ser reconhecido o direito de *não* recorrer ao apoio (§§19 e 29 (g)).

É possível ver um aceno a esta exigência no facto de o acompanhamento só poder ser requerido *pelo próprio* ou por outros legitimados mediante a *sua autorização*, só se prescindindo desta quando a iniciativa cabe ao Ministério Público (artigo 141.º, n.º 1, do CC). Assim, em homenagem ao direito de *não* recorrer ao apoio, há que ser particularmente exigente no suprimento da autorização que é previsto no n.º 2 deste artigo<sup>61</sup>.

Para além disso, o próprio reconhecimento legal da possibilidade de *escolha do apoiante* é identificado pelo Comentário Geral n.º 1 como um elemento caracterizador do modelo do apoio (§ 29(d)), possibilidade que foi

<sup>55</sup> SOUSA (nota 23), p. 65.

<sup>56</sup> SERIES e NILSSON (nota 30), p. 364.

<sup>57</sup> Utilizei esta expressão em comentário ao artigo 12.º da CDPD, em curso de publicação, in GOMES, Joaquim Correia; NETO, Luísa; VÍTOR, Paula Távora (nota 10).

<sup>58</sup> Esta é a explicação que decorre do Proposta de Lei n.º 110/XIII, p. 4, que todavia, continua a resvalar para um discurso iluminado ainda pelas concepções antecedentes, referindo-se quer “à pessoa protegida”, quer à “pessoa que protege”.

<sup>59</sup> Para a justificação da terminologia adotada, ver CORDEIRO, António Menezes, *Da situação jurídica do maior acompanhado, Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das incapacidades denominadas dos maiores*, Revista de Direito Civil, Ano III, 3, 2018, p. 547 e 548, em detrimento, inclusive, de outras opções com tradição jurídica entre nós.

<sup>60</sup> MINKOWITZ, Tina, *Abolishing Mental Health Laws to comply with the rights of persons with disabilities* (in “[https://www.researchgate.net/publication/284306436\\_Abolishing\\_Mental\\_Health\\_Laws\\_to\\_Comply\\_with\\_the\\_Convention\\_on\\_the\\_Rights\\_of\\_Persons\\_with\\_Disabilities](https://www.researchgate.net/publication/284306436_Abolishing_Mental_Health_Laws_to_Comply_with_the_Convention_on_the_Rights_of_Persons_with_Disabilities)”), p. 158.

<sup>61</sup> Ver a anotação ao artigo 141.º. VÍTOR (nota 44), p. 175.

introduzida no regime do maior acompanhado no artigo 143.º, n.º 3, uma solução há muito reclamada e que decorre do próprio princípio da autonomia (considerando n) da CDPD)<sup>62</sup>.

A dinâmica do paradigma do próprio funcionamento do apoio desdobra-se em várias dimensões. A primeira e mais visível diz respeito ao *apoio na tomada de decisão*. Neste âmbito, podemos encontrar mecanismos tanto de natureza *formal*, como de natureza *informal*, que auxiliem tanto na formação da vontade, como na expressão ou implementação de uma decisão. E é neste contexto que podemos pensar o recurso a *métodos de comunicação não convencionais*, bem como às *diretivas antecipadas* (Comentário Geral n.º 1, §17).

Ora, o regime do maior acompanhado encerra uma panóplia alargada de mecanismos de salvaguarda no n.º 2 do artigo 145.º, todavia, é apenas na al. e) que podemos encontrar aquele que mais facilmente se poderá identificar com o modelo do apoio. Na verdade, aqui prevêm-se “*intervenções de outro tipo*, devidamente explicitadas”. Creio que estas devem constituir o núcleo essencial do acompanhamento, uma vez que é no seu âmbito que devemos incluir os *deveres de cuidado*, nomeadamente, os atos de apoio ao processo decisório, que potenciem a autonomia do acompanhado. No entanto, não tem de se esgotar nestes e, na prática, podem assumir uma relevância central atos que visem a satisfação das necessidades do acompanhado, bem como o afastamento de situações de perigo em que este se encontre<sup>63</sup>. É, igualmente, possível que os poderes de administração (artigo 145.º, n.º 2, al. c), do CC) — afastando-se da sua configuração tradicional — acabem por desempenhar este papel.

O novo regime do maior acompanhado também prevê a concessão de poderes de representação (artigo 145.º, n.º 2, al. b), do CC). Ora, para aferir da conformidade da admissibilidade destes poderes pelo CC com o proclamado afastamento da lógica de substituição pela CDPD, há que compreender o significado da apresentação do modelo do apoio como contraposto ao modelo da substituição, como a sua alternativa necessária.

A distinção que o IDC acabou por assumir entre “*decisão apoiada*” e “*substituição na decisão*” permite-nos lançar alguma luz sobre esta opção — “*decisão apoiada*” apresenta-se como um “*conceito dinâmico*”, que significa que a pessoa está “no centro do discurso” e pode ter um alcance variável entre 0 e 100%<sup>64</sup>. Parece, assim, existir espaço para não afastar necessariamente todas as formas de representação<sup>65</sup>. De facto, o único apoio viável em determinadas situações poderá reclamar esquemas representativos e podemos

<sup>62</sup> Ver a anotação ao artigo 143.º. VÍTOR (nota 44), pp. 178 e 179.

<sup>63</sup> Ver artigo 147.º em VÍTOR, Paula Távora e RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Proposta de Lei sobre a Condição Jurídica das Pessoas Maiores em Situação de Incapacidade. Revisão do Código Civil*, Centro de Direito da Família, 17 de janeiro de 2017 (in “<http://www.centrodereitodafamilia.org/relat%C3%B3rios/2017/%E2%80%9Cproposta-de-lei-sobre-condi%C3%A7%C3%A3o-jur%C3%ADica-das-pessoas-maiores-em-situa%C3%A7%C3%A3o-de>”).

<sup>64</sup> SERIES e NILSSON (nota 30), p. 346.

<sup>65</sup> Também neste sentido, RIBEIRO (nota 15), p. 1130.

entender que, obedecendo a determinadas exigências, não deixam de se reconduzir às chamadas “facilitated decisions”<sup>66</sup>.

Debruçando-se sobre os mecanismos de representação na área patrimonial (artigo 12.º (5) da CDPD), SERIES e NILSSON avançam que a sua admissibilidade dependerá de não serem considerados medidas discriminatórias, ou seja, de servirem fins legítimos e serem razoáveis e objetivos. Segundo esta lógica, estariam excluídos mecanismos ineficazes ou cujos fins pudessem ser prosseguidos por mecanismos voluntários. Por sua vez, em conformidade com a ideia de que os Estados devem tomar uma posição “neutra relativamente à deficiência” no que diz respeito a correr riscos do ponto de vista patrimonial<sup>67</sup>, propõe-se que o teste de razoabilidade consista em averiguar se as mesmas medidas seriam tomadas relativamente a uma pessoa sem deficiência que se encontrasse em situação similar<sup>68</sup>.

Percebemos, assim, que a admissibilidade do recurso à representação à luz da CDPD é muito controversa, pelo que há que ter especial cautela na leitura da al. b) do n.º 2 do artigo 145.º. De facto, se é possível configurar que haja uma modelação da medida em que, atentas as exigências da situação concreta e a sua adequada resposta, seja necessário determinar poderes de representação especial, devidamente recortados e justificados, dificilmente poderemos dizer o mesmo quando se trata de conceder poderes de representação geral, também previstos naquela disposição do CC. Mesmo no exemplo extremo — mas amiudamente referido — das situações de coma, atentos os contornos concretos da situação (lembremo-nos de que não está em causa apenas uma avaliação do ponto de vista médico, mas também social, bem como das concretas matérias que têm de ser acauteladas)<sup>69</sup>, não poderemos remeter *sem mais* para a representação em *todas* as dimensões da vida do acompanhado.

As mesmas considerações terão de ser feitas, mas agora acentuadas não só pela falta de compatibilidade com as exigências da CDPD, mas com a própria configuração técnica do instituto, relativamente à remissão para o exercício das responsabilidades parentais<sup>70</sup>.

Parece, aliás, na medida em que se admitam poderes de representação, que a sua atribuição ao acompanhante num determinado âmbito não tem de

---

<sup>66</sup> BACH, Michael; KERZNER, Lana, *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*, Law Commission of Ontario, October 2010, pp. 153 e ss..

<sup>67</sup> SERIES e NILSSON (nota 30), p. 380.

<sup>68</sup> SERIES e NILSSON (nota 30), pp. 378 e 379.

<sup>69</sup> Pense-se, por exemplo, no direito de requerer o divórcio (artigo 1785.º, n.º 2, do CC).

<sup>70</sup> A própria remissão tem um caráter dúbio e nenhuma das hipóteses de interpretação se afigura admissível. Na verdade, não é possível aplicar o regime das responsabilidades parentais ou a tutela dos menores, ainda que o acompanhante designado venha a ser um dos progenitores ou aquele que foi o tutor durante a menoridade. Mas, também, não se pode entender que esta remissão se refira ao exercício das responsabilidades parentais ou a tutela relativa aos menores que estivessem a cargo do acompanhado, já que o acompanhamento visa providenciar apoio à pessoa do acompanhado e não criar no acompanhante alguém que o substitua. Para mais desenvolvimentos, ver a anotação ao artigo 145.º, VÍTOR (nota 44), p. 185.

corresponder, do lado do acompanhado, à correspondente limitação da capacidade<sup>71</sup>. Na verdade, se é certo que tradicionalmente a falta de capacidade para o exercício de direitos e a medida de proteção decretada se apresentavam como molde e contramolde uma da outra (à incapacidade geral correspondiam poderes de representação gerais, na interdição; à incapacidade parcial correspondiam poderes de assistência ou, eventualmente, de representação — cf. versão anterior dos artigos 139.º, 144.º, 153.º e 154.º do CC), esta correspondência deve deixar de ser considerada como uma necessidade conceptual. Assim, pode — e deve — haver determinação de medidas de apoio sem que haja qualquer limitação da capacidade associada<sup>72</sup>. E podemos mesmo defender que a atribuição de poderes de representação ao acompanhante não tenha de implicar uma limitação da capacidade. De facto, a concessão de poderes de representação pode responder a necessidades que se bastam com prover a situações de inação do acompanhado e em que a paralisação ou o controlo do seu agir, associados à incapacidade, não devem ser considerados. Pense-se, por exemplo, nos quadros depressivos profundos em que há que suprir falhas provocadas pela apatia e inação da pessoa acompanhada, mas não impedi-la de gerir a sua esfera de interesses. O modelo do apoio, aliás, orienta-se para a promoção da capacidade, para a “participação plena e efetiva na sociedade”, e não para a sua ablação, pelo que se revela contraditório associar à medida esta limitação. E estas considerações relativas ao modelo do apoio podem fazer-se quer quanto às suas implicações no plano jurídico, quer relativamente aos efeitos que produz do ponto de vista fáctico, na promoção da capacidade mental da pessoa acompanhada<sup>73</sup>.

Em todo o caso, a admissibilidade de poderes de representação estará sempre condicionada pela particular configuração que o seu exercício assuma. De facto, o novo paradigma introduzido pelo artigo 12.º da CDPD afasta a substituição na tomada de decisão baseada no padrão objetivo dos “melhores interesses” (Comentário Geral n.º 1, § 27). O *apoio* deve antes ser iluminado pelas “vontade e preferências” da pessoa.

Ora, o recurso aos mecanismos de representação não tem necessariamente de ser rejeitado<sup>74</sup>. O instituto da representação serve interesses dignos

<sup>71</sup> Posição que já exprimi em anotação ao artigo 145.º, VÍTOR (nota 44), p. 184, e que decorre do trabalho conjunto que resultou na proposta referida na nota 60.

<sup>72</sup> Veja-se o exemplo de conciliação do §104, 2 BGB com o §1902 BGB, no regime da *Betreueung*. O primeiro determina que a capacidade se avalie *in concreto*. O segundo diz respeito ao exercício de poderes de representação pelo *Betreuer*, que se admite poderem concorrer com o exercício de direitos pelo beneficiário.

<sup>73</sup> Sobre os efeitos que a promoção da autonomia tem em termos de saúde mental, ver MARQUES, Sofia e VIEIRA, Fernando, “Proteção da Autonomia na Incapacidade — novas exigências ao regime jurídico português”, *Revista Julgar*, n.º 34, 2018, p. 65.

<sup>74</sup> Também neste sentido, MARTIN, W.; MICHALOWSKI, S.; Stavert, J.; WARD, A.; RUCK KEENE, A.; CAUGHEY, C.; HEMPSEY, A.; MCGREGOR, R, *Three Jurisdictions Report: Towards Compliance with CRPD Art. 12 in Capacity/Incapacity Legislation across the UK*. Essex Autonomy Project, 2106, pp. 8, 10 e 11, entre outras: in “<https://autonomy.essex.ac.uk/wp-content/uploads/2017/01/>

de tutela jurídica e fá-lo tanto quando aquilo que é tradicionalmente crismado como “capacidade de entender e querer” é equacionado, como quando estas aptidões não se questionam. É certo que na primeira situação estaríamos perante a imposição de esquemas de representação legal e no segundo caso perante o recurso à representação voluntária. Tal implica, todavia, em última análise, apenas a fonte dos poderes de representação. E, como sabemos, essa fronteira encontra-se já esbatida a partir do momento em que se abrem as portas da representação voluntária para as situações de capacidade diminuída (corporizada entre nós na procuração de cuidados de saúde e na possibilidade de atribuir poderes de representação no mandato com vista ao acompanhamento — artigo 156.º do CC). Interessa, portanto, avaliar a *oportunidade* e o *fundamento* para o recurso à representação<sup>75</sup>.

Aquilo que parece dever estar em causa quando se trata de afastar esquemas de substituição é proscrever a importação de interesses exteriores e de esquemas valorativos estranhos à pessoa beneficiária. Aqui o conceito de “vontade e preferências” da pessoa tem um importante papel ancilar.

De facto, e esta exigência dirige-se agora, em primeira linha, ao acompanhado, as decisões tomadas em prol do beneficiário devem pautar-se pela vontade e preferências da pessoa e, quando não for possível determiná-las, sustenta-se a “melhor interpretação da vontade e das preferências”, que deve substituir o padrão dos “melhores interesses” (Comentário Geral n.º 1, § 21).

Ora, o padrão que é eleito pelo artigo 146.º do CC para a atuação do acompanhante — “a diligência requerida a um bom pai de família, na concreta situação considerada” — identifica-se mais facilmente com o padrão objetivo dos “melhores interesses” do que com os desejos do acompanhado. Todavia, o respeito pela CDPD, e pela sua eleição das “vontades e preferências” do acompanhado, deve convocar um esforço no sentido de reinterpretar esta referência, como veremos *infra*.

Uma última nota relativa ao modelo do apoio terá de ser referida na leitura do regime jurídico do maior acompanhado. Entende-se que este modelo deve comportar também *mecanismos de natureza informal*.

A referência aos meios informais não está ausente, mas é contida e vaga no regime do maior acompanhado<sup>76</sup>. Menciona-se apenas o funcionamento preferencial dos *deveres gerais de cooperação e de assistência*<sup>77</sup> relativamente

---

EAP-3J-Final-Report-2016.pdf”. Os Autores sustentam, lançando mão dos trabalhos preparatórios da Convenção, que esta não pretendeu renunciar completamente à *substitute-decision making*.

<sup>75</sup> Nas palavras do *Essex Autonomy Project*, “[i]t is therefore not a matter of *whether* substitute decision-making takes place, but rather *when*, and *on what basis*”. MARTIN; MICHALOWSKI ET AL. (nota 74), p. 11.

<sup>76</sup> Cf. CORDEIRO (nota 59), pp. 549 e 550, no sentido desta opção.

<sup>77</sup> Que a nossa jurisprudência, aliás, já teve oportunidade de convocar. V. Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 13.01.2020 (Processo 3433/18), JusNet. V. também PEDRO, Rute Teixeira, *Insuficiência da resposta do Direito da Família e do Direito das Sucessões às necessidades dos adultos especialmente Vulneráveis*, pp. 164 e ss..

à medida institucional do acompanhamento. O sistema de salvaguarda de pessoas maiores, todavia, não se encontra encapsulado na medida de acompanhamento, nem nos artigos da subsecção III da secção V do Capítulo I do Subtítulo I do Título I do Livro primeiro do CC (que também incluem o mandato com vista ao acompanhamento), extravasa, aliás, o CC (onde ainda encontramos, entre outros, a figura da gestão de negócios, o regime do mandato comum ou a regulação dos direitos familiares<sup>78</sup>) e convoca figuras tão diversas como as diretivas antecipadas e a figura do procurador de cuidados de saúde (Lei n.º 25/2012, de 16 de julho), o “modelo de apoio à vida independente” — MAVI (Decreto-lei n.º 129/2017, de 9 de outubro), as regras relativa à prestação do consentimento médico em várias áreas específicas e a intervenção integradora do Ministério Público, nos termos do seu Estatuto e das competências previstas no Decreto-lei n.º 272/2001, de 13 de outubro. Esta compreensão do sistema no seu todo beneficia também da perspetiva da CDPD relativamente às garantias, como perceberemos.

### 4.3. As garantias do novo paradigma

O paradigma da capacidade universal, que é servido pelo modelo do apoio, necessita de ser reforçado por uma série de garantias relativas às medidas que se relacionem com o exercício da capacidade jurídica, que a CDPD entendeu enunciar no parágrafo 4 do artigo 12.º. Os destinatários destas exigências são os Estados partes — e aqui o Estado pode aparecer-nos enquanto legislador ou nas vestes de decisor — mas, na verdade, só serão plenamente operantes se, com a mediação do Estado, é certo, se impuserem aos cuidadores (e, entre nós, em particular, ao acompanhante) ou a terceiros.

#### 4.3.1. Proporcionalidade

A garantias enunciadas são iluminadas pelo *princípio da proporcionalidade* no âmbito das medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica e a proporcionalidade das garantias acaba por ser definida na parte final do parágrafo, em função do “grau em que tais medidas afetam os direitos e interesses da pessoa”<sup>79</sup>. A primeira exigência feita pelo princípio da propor-

<sup>78</sup> VÍTOR (nota 4), pp. 66 e ss..

<sup>79</sup> A este propósito o Comentário Geral n.º 1 pronuncia-se no sentido de ser improvável que medidas como o tratamento forçado ou o internamento sejam proporcionais relativamente aos fins prosseguidos pela CDPD. Sobre o internamento no regime do maior acompanhado, ver RIBEIRO, Geraldo Rocha, “O instituto do maior acompanhado à luz da Convenção de Nova Iorque e dos direitos fundamentais”, *Julgar online*, Maio 2020, p. 37. Quanto à sua conciliação com os ditames da CDPD, ver GURBAI, S.; MARTIN, W., *Is Involuntary Placement*

cionalidade a estas medidas é que forneçam as “garantias *apropriadas e efectivas para prevenir o abuso* de acordo com o direito internacional dos direitos humanos”<sup>80</sup>.

O princípio da proporcionalidade não é estranho ao novo regime do maior acompanhado. Não o poderia ser, ainda que não se fizesse qualquer menção a este, na medida em que é imposto pelas exigências constitucionais relativas à restrição de direitos, liberdades e garantias. Mas, na verdade, o CC enuncia expressamente o *princípio da necessidade*, dimensão do *princípio da proporcionalidade*, no seu artigo 145.º. É, assim, apresentado como um princípio estruturante, embora se refira *apenas* ao âmbito do acompanhamento. Deste modo, haverá lugar à instauração do acompanhamento *só e na medida* em que salvguarde os direitos do acompanhado. Daí que o tribunal não se encontre vinculado ao pedido (artigo 142.º, n.º 2, do CC).

Ora, no que diz respeito à modelação da medida, as vertentes do princípio da proporcionalidade que a letra do parágrafo 4 acaba por destacar são precisamente outras — as da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito (“são proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa”) — quando exorta para que as medidas sejam adaptadas ao caso concreto (“às circunstâncias da pessoa”), sublinhando as vertentes da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, tanto o regime da CDPD, como o regime jurídico do maior acompanhado acabam por enveredar por formulações que deixam a descoberto, do ponto de vista literal, o respeito da modelação da medida por uma ou outra vertente do princípio da proporcionalidade e todas elas — necessidade, adequação, proporcionalidade em sentido estrito — são relevantes.

Para além das garantias quanto à determinação da medida, a CDPD destaca, ainda, a dimensão temporal destas, que também é iluminada pelo princípio da proporcionalidade, na medida em que se impõe um critério minimalista na determinação da duração (“período de tempo mais curto possível”), reforçado por um controlo periódico, o que permite conservar a sua atualidade e adequação, a cargo de um “órgão judicial competente, independente e imparcial”.

No regime do acompanhamento, apesar de não se consagrar a revisão a pedido do acompanhado, introduziu-se uma *obrigação* de revisão periódica (artigo 155.º do CC) (num prazo estabelecido *ex lege* ou que resulte de *deci-*

---

*and Non-Consensual Treatment Ever Compliant with UN Human Rights Standards? A Survey of UN Reports (2006-2017)*. Essex Autonomy Project, 2018: in “<https://autonomy.essex.ac.uk/wp-content/uploads/2018/01/EAP-UN-Survey.pdf>”.

<sup>80</sup> A jurisprudência internacional pode desempenhar aqui um relevante papel a descortinar a conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Interessa nesta sede destacar a jurisprudência do TEDH, nomeadamente, os casos *Stanev v. Bulgária* (App. no. 36760/06) e *Salontaj-Drobnjak v. Sérvia* (App. no. 36500/05), dos quais decorre o reconhecimento de que a privação da capacidade jurídica constitui uma grave intromissão na vida privada e familiar (artigo 8.º da CEDH), exigindo, portanto, respostas perfeitamente adaptadas ao caso concreto.

*são judicial*) e a *possibilidade* a todo o tempo de o tribunal o fazer (artigo 904.º do CPC), soluções sem verdadeiro paralelo no direito anterior. Constituem um importante instrumento no controlo da *atualidade* de instrumento potencialmente restritivo de direitos fundamentais. Também em conformidade com a CDPD, esta competência é assumida por um órgão dotado das características mencionadas de independência e imparcialidade, o tribunal. Na verdade, o órgão competente para controlar a medida é também aquele com competência para a instaurar, exigência que não chega a figurar na CDPD.

#### 4.3.2. “Vontade e preferências” da pessoa

Por fim, o parágrafo 4 acaba por encerrar aquela que é a chave para compreender o modelo do apoio enunciado no parágrafo precedente — o respeito pelas “vontade e preferências” da pessoa, manifestação última do *princípio da autonomia* (v. considerando n)). A expressão “vontade e preferências”, que resultou da proposta do IDC, pretende funcionar como uma barreira relativamente a intervenções coercivas (que são identificadas tanto com a figura do internamento psiquiátrico, como com a própria tutela)<sup>81</sup>. Da opção por esta fórmula resulta também o abandono de qualquer referência aos “melhores interesses” (*best interests*). De facto, este estalão, pelas conotações paternalistas que se lhe associa, acaba por se apresentar como controverso mesmo nos casos em que não há informação disponível sobre a pessoa<sup>82</sup>.

Onde podemos encontrar — e onde podemos exigir — as garantias de conformidade com as “vontade e preferências da pessoa” no regime jurídico do maior acompanhado?

A expressão da vontade da pessoa com deficiência deve ter relevância em vários momentos, devendo considerar-se quer a sua manifestação no *momento presente*, quer nas várias modalidades em que a *autonomia prospectiva* pode operar.

Desde logo, está presente na *autorização* do beneficiário concedida para iniciar o processo, nos termos do artigo 141.º do CC, como vimos. O processo de instauração do acompanhamento, pelo carácter definidor da futura situação do acompanhado que desempenha — com potenciais implicações relevantes ao nível dos seus direitos —, é, aliás, um terreno em que se deve potenciar de várias formas esta expressão. Daí que se deva favorecer a nomeação do acompanhante pelo beneficiário, exigindo apenas capacidade bastante para compreender esse ato e acolhendo quer indicações positivas, quer o afastamento de pessoas do cargo (artigo 143.º do CC). E daí também que a *audi-*

<sup>81</sup> SERIES e NILSSON (nota 30), p. 369.

<sup>82</sup> KEYS (nota 47), p. 277.

ção no seio do processo seja um momento particularmente sensível<sup>83</sup>, como, aliás, denota a expressão que tem tido na nossa jurisprudência<sup>84</sup>.

No que diz respeito à planificação de situações futuras de diminuição de capacidade, o sistema de salvaguarda de pessoas maiores incorporou, ao lado das figuras do procurador de cuidados de saúde e do testamento vital (Lei n.º 25/2012)<sup>85</sup>, um novo instrumento, o mandato com vista a acompanhamento (artigo 156.º do CC), que, apesar de não ter sido muito trabalhado legislativamente, merece um lugar prioritário no seio do sistema, na medida em que constitui uma medida voluntária.

Todavia, no âmbito da execução das medidas de apoio e, em particular, do acompanhamento, não encontramos referência no CC à consideração da *vontade presente* do acompanhado. Aliás, como já notámos, o padrão que, segundo a lei, deve presidir à atuação do acompanhante é “a diligência requerida a um bom pai de família, na concreta situação considerada”, um padrão de natureza objetiva, que apresenta mais imediatas afinidades com os melhores interesses. Todavia, há que interpretar a disposição do artigo 146.º do CC em conformidade com a CDPD, num sentido favorável ao princípio da autonomia, e, portanto, à consideração das “vontade e preferências” do acompanhado, considerando, assim, que esta atuação do acompanhante obedecerá àqueles ditames de diligência se tiver uma adequada consideração da vontade do acompanhado. Devemos notar que a própria consagração que é feita pelo n.º 2 do artigo 146.º a um dever de contacto com a pessoa acompanhada pode favorecer esta consideração<sup>86</sup>.

Poder-se-ia retorquir que a determinação do que são as “vontade e preferências” num contexto de capacidade diminuída se pode revelar uma tarefa difícil, desde logo, porque estas duas manifestações nem sempre se encontram em consonância. A este propósito, o *Bundesverfassungsgericht* teve oportunidade de, em decisão de 2016, avançar com um quadro conceptual em que distingue “vontade natural” (*natürlicher Wille*) e “vontade livre” (*freier Wille*), tendo concluído que o Comentário Geral n.º 1 não quis tratar das situações em que esta “vontade livre” não é suscetível de ser formada<sup>87</sup>. De facto, em última análise, há que considerar as situações em que a mencionada “vontade livre” não pode ser construída. Mas existem também situações em que não é sequer possível discernir uma qualquer manifestação de

<sup>83</sup> Sousa, Miguel Teixeira de, “O regime do acompanhamento de maiores: alguns aspectos processuais”, *O novo regime jurídico do maior acompanhado*, e-books. CEJ, 2018, p. 45.

<sup>84</sup> V. Ac. Tribunal da Relação de Coimbra de 03.03.2020 (Processo 858/18), JusNet 1441/2020, que se pronunciou no sentido da sua obrigatoriedade e conseqüente nulidade em caso de omissão.

<sup>85</sup> Ver, também, os “Direitos das pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida” da Lei n.º 31/2018.

<sup>86</sup> Já assim na anotação ao artigo 146.º, em VÍTOR (nota 44), p. 186.

<sup>87</sup> (*Leitsätze zum Beschluss des Ersten Senats vom 26. Juli 2016 — 1 BvL 8/15 — in “https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2016/07/ls20160726\_1bv1000815.pdf?\_\_blob=publicationFile&v=4”*).

vontade. Nestes casos, foi já sugerido que se proceda a uma construção da vontade presumida, à “melhor interpretação” das vontades e preferências [Comentário Geral n.º 1 (§21)]. Mas também encontramos a abordagem de cariz realista que reconhece haver situações em que tal não é possível, em que há que encontrar um decisor, ao mesmo tempo em que se dota a pessoa de todas as salvaguardas que a possam proteger na situação de vulnerabilidade<sup>88</sup>. Em qualquer destes casos — mas mais acentuadamente neste último —, a ausência de um apoio em reais critérios subjetivos pode suscitar receios de regressar aos padrões objetivos do “velho paradigma”<sup>89</sup>.

#### 4.3.3. “Conflitos de interesse e influências indevidas”

Por fim, há que sublinhar a salvaguarda que a CDPD exige relativamente a “conflitos de interesse e influências indevidas”. De facto, só assim poderá ser verdadeiramente respeitada a vontade da pessoa. Na verdade, e não obstante todas as pessoas correrem o risco de se sujeitar a “influências indevidas”, motivadas pelo medo, por agressões ou ameaças ou por comportamentos dolosos, tal risco “pode ser exacerbado para aqueles que dependem do apoio de outros para tomarem decisões” [Comentário Geral n.º 1 (§22)]. Tal não pode significar, todavia, segundo o Comité, que a proteção concedida ponha em causa o respeito pela vontade e pelas preferências das pessoas com deficiência, devendo tolerar-se “o direito de correr riscos e cometer erros” [Comentário Geral n.º 1 (§22)].

A existência de conflito de interesses entre o acompanhado e o acompanhante também foi acautelada pelo novo regime no artigo 150.º do CC, que determina, num primeiro momento, uma obrigação de abstenção — que pode, na verdade, desproteger o acompanhado, criando um vazio de cuidado — e, no caso de incumprimento desta, as consequências previstas nas regras do *negócio consigo mesmo* (artigo 261.º do CC), muito embora o acompanhamento não implique necessariamente (e, no respeito pela CDPD, não deva, por regra, implicar) a atribuição de poderes de representação ao acompanhante<sup>90</sup>.

## 5. A LUZ E A SOMBRA — BREVES CONCLUSÕES

O regime jurídico do maior acompanhado surgiu, em 2018, como a resposta aos reptos de reforma legislativa que a conformidade com a CDPD — direito internacional recebido pelo Estado Português — exigia. Todavia, a

<sup>88</sup> MARTIN; MICHALOWSKI ET AL. (nota 74), p. 37.

<sup>89</sup> SERIES e NILSSON (nota 30), p. 370.

<sup>90</sup> Referência que já faço na anotação ao artigo 150.º. VÍTOR (nota 44), p. 194.

força conformadora da CDPD não se esgota no impulso de *alteração legislativa* e impõe-se aos tribunais no exercício da sua *função decisória* e a quem assuma a *execução* do sistema de salvaguarda de pessoas maiores. Daí que a CDPD deva ser convocada como um importante elemento de *interpretação do novo regime* plasmado inovadoramente no CC e o artigo 12.º da CDPD assume particular relevância neste contexto, uma vez que encerra nas suas disposições o “novo paradigma” da *capacidade universal* e do *modelo de apoio*.

Neste exercício, confrontamo-nos com dois polos de difícil apreensão. Por um lado, o alcance das exortações do *novo paradigma* são objeto de um vivo *debate*; por outro lado, o regime jurídico do maior acompanhado, apesar do *avanço* que significou, não conseguiu refletir de forma cabal o modelo que reclama adotar e encontra-se ainda apegado a *pré-compreensões clássicas*, que não logram apreender o salto no plano dos direitos humanos preconizado pela CDPD.

Cabe, portanto, aos operadores do direito, e à doutrina e à jurisprudência em particular, criar um novo quadro técnico que aplaque as incongruências relacionadas com os conceitos de capacidade e de medidas de apoio e opere uma *redefinição terminológica* e aos aplicadores, em geral, refletirem estes desenvolvimentos no cuidado e promoção dos direitos das pessoas com capacidade diminuída. Este trabalho pretende dar alguns primeiros passos nesse sentido.