



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA



CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO

COLÓQUIO O NOVO REGIME DO MAIOR ACOMPANHADO

COORDENAÇÃO
António Pinto Monteiro



I

•

J

O presente livro foi realizado no âmbito das actividades da Área de Investigação «Contrato e Desenvolvimento Social», integrada no projecto «Desafios Sociais, Incerteza e Direito: Pluralidade | Vulnerabilidade | Indecidibilidade» do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UID/DIR/04643/2019).

EDIÇÃO
Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA
Ana Paula Silva

CONTACTOS
geral@fd.uc.pt
www.uc.pt/fduc/ij
Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISBN
978-989-9075-43-6

DEPÓSITO LEGAL
467815/20

DOI
10.47907/livro/2022/Maior_Acompanhado/Livro

COLÓQUIO

O NOVO REGIME DO MAIOR ACOMPANHADO

COORDENAÇÃO

António Pinto Monteiro



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FCT
Fundação para a Ciência e a Tecnologia



COLÓQUIO

O NOVO REGIME DO MAIOR ACOMPANHADO

13 DEZEMBRO . COLÉGIO DA TRINDADE
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

9.30h SESSÃO DE ABERTURA

RUI DE FIGUEIREDO MARCOS · DIRETOR DA FDUC

JOÃO GABRIEL SILVA · REITOR DA UC

FRANCISCA VAN DUNEM · MINISTRA DA JUSTIÇA

Das incapacidades ao maior acompanhado

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO · FDUC

10.30h MODERADOR: LUÍS AZEVEDO MENDES · Presidente do TRC

Valor dos atos jurídicos do maior acompanhado

PAULO MOTA PINTO · FDUC

O regime do acompanhamento: da incapacidade à capacidade?

MAFALDA MIRANDA BARBOSA · FDUC

Acompanhamento e negócios “fora do comércio jurídico” (casamento, perfilhação, testamento)

ROSA CÂNDIDO MARTINS · FDUC

11.30h INTERVALO

11.45h MODERADOR: JACOB SIMÕES · Presidente do CROA

Mandato com vista a acompanhamento

PAULA TÁVORA VÍTOR · FDUC

A situação do maior portador de deficiência (ainda) não acompanhado

MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS · FDUC

15.00h MODERADOR: EUCLIDES DÂMASO · Procurador Geral Distrital Emérito

A preparação da lei – as opções básicas

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO · FDUL

Aspectos processuais da Lei n.º 49/2018

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA · FDUL

As implicações do novo regime no estatuto do comerciante e no direito das sociedades

PEDRO MAIA · FDUC

16.00h INTERVALO

16.15h MODERADOR: JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES · Presidente do IJ/FDUC

La aplicación de la Convención de Nueva York en España: una década de aciertos y desaciertos

INMACULADA VIVAS-TESSÓN · UNIVERSIDADE DE SEVILHA

Limitações aos direitos de personalidade

ANDRÉ DIAS PEREIRA · FDUC

O Instituto do Acompanhamento à luz da Convenção de Nova Iorque e direitos fundamentais

GERALDO RIBEIRO · CEJ

17.45h ENCERRAMENTO

ENTRADA LIVRE

Inscrição obrigatória em <https://www.uc.pt/fduc/ij/eventos/>

Certificado: 10€ estudantes · 20€ Não estudantes

ÍNDICE

APRESENTAÇÃO..... ix

António Pinto Monteiro

**NOVO REGIME DO MAIOR ACOMPANHADO:
UMA MUDANÇA DE PARADIGMA.....** 1

Francisca Van Dunem

**LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK
EN ESPAÑA: UNA DÉCADA DE ACIERTOS Y DESACIERTOS....**7

Inmaculada Vivas-Tesón

**O REGIME DO ACOMPANHAMENTO DE MAIORES:
ALGUNS ASPECTOS PROCESSUAIS**57

Miguel Teixeira de Sousa

**DAS INCAPACIDADES AO MAIOR ACOMPANHADO.
BREVE APRESENTAÇÃO DA LEI N. 49/2018** 87

António Pinto Monteiro

**VALOR JURÍDICO DOS ATOS DO
MAIOR ACOMPANHADO**109

Paulo Mota Pinto

**O NOVO REGIME DO MAIOR ACOMPANHADO
E O DIREITO DAS SOCIEDADES.....** 137

Pedro Maia

**O REGIME DO ACOMPANHAMENTO:
DA INCAPACIDADE À CAPACIDADE?..... 165**

Mafalda Miranda Barbosa

**O MAIOR ACOMPANHADO E O CONSENTIMENTO
PARA ATOS EM SAÚDE 189**

André Gonçalo Dias Pereira

**SITUAÇÃO DO MAIOR INCAPAZ ANTES DE SER OBJECTO
DE MEDIDAS DE ACOMPANHAMENTO223**

Maria Inês de Oliveira Martins

O “MANDATO COM VISTA AO ACOMPANHAMENTO”245

Paula Távora Vítor

**ACOMPANHAMENTO E NEGÓCIOS
FORA DO “COMÉRCIO JURÍDICO” (CASAMENTO,
PERFILHAÇÃO E TESTAMENTO)273**

Rosa Cândido Martins

**O INSTITUTO DO MAIOR ACOMPANHADO À LUZ DA
CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE E DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS 319**

Geraldo Rocha Ribeiro

APRESENTAÇÃO

Em 13 de Dezembro de 2018 teve lugar, no belíssimo Colégio da Trindade da Universidade de Coimbra, um Colóquio sobre “O novo regime do maior acompanhado”. O Colóquio foi promovido pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, através da sua linha de investigação sobre “Contrato e Desenvolvimento Social”, em parceria com o CDC — Centro de Direito do Consumo desta Faculdade. Foi nosso objectivo contribuir para a apresentação do (então recente) regime jurídico do maior acompanhado, consagrado pela Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, tendo constituído um dos primeiros eventos com esta finalidade.

À Senhora Ministra da Justiça, que nos honrou com a sua participação no Colóquio, assim como a todos os demais oradores que nos distinguiram com as suas intervenções, aqui fica registado o nosso reiterado agradecimento pela sua participação e pelos textos que entretanto nos facultaram e que enriquecem este volume.

Coimbra, Novembro de 2019
António Joaquim de Matos Pinto Monteiro

NOVO REGIME DO MAIOR ACOMPANHADO: UMA MUDANÇA DE PARADIGMA

FRANCISCA VAN DUNEM

Ministra da Justiça

Portugal é o quarto país com mais casos de demência por cada cem mil habitantes: a média da OCDE é de 14,8 casos por mil habitantes, para Portugal essa estimativa é de 19,9, de acordo com o relatório “Health at a Glance 2017”¹, produzido pela OCDE, que estima para 2037 que a prevalência da demência deverá aumentar para 32,5 por mil habitantes.

Por outro lado, de harmonia com os relatórios da Direção-Geral de Saúde, por exemplo em 2014, só o acidente vascular cerebral isquémico representou cerca de 20 mil episódios

DOI: 10.47907/livro/2022/Maior_Acompanhado/Cap01

¹ <https://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/health-at-a-glance-2017_health_glance-2017-en>, consultado em dezembro de 2018.

determinantes de 250 mil dias de internamento².

Acresce que, segundo os dados publicitados pela Autoridade Nacional de Segurança Rodoviária, em 2018, no período compreendido entre 1 de janeiro e 31 de agosto, ocorreram 21.885 acidentes rodoviários com vítimas³.

Permiti-me invocar estes números para lembrar o quanto a vida é frágil e vulnerável: a qualquer momento, no espaço de segundos, um padecimento inesperado ou um qualquer acontecimento inopinado pode determinar que tudo quanto damos como garantido mude. Tratam-se daqueles torvelinhos que nos transmutam de tal modo que passam a impossibilitar de «sermos o que somos» e compelem para situações de «não-poder» ou não se conseguir ser-se «aquilo que se é».

Se esta possibilidade é incontestável, também é para muitos, há longo tempo, evidente a indispensabilidade de se proceder à profunda reformulação dos institutos relativos às incapacidades dos maiores, ou seja, dos atuais regimes da interdição e inabilitação.

Permitam-me, aliás, que me inclua no perímetro «destes muitos».

Desajuste das soluções do Código Civil de 1966

Na verdade, no exercício de funções anteriores, designadamente, nas de Procuradora-Geral Distrital de Lisboa, fui tendo plena noção da necessidade de se proceder à profunda reformulação destes institutos. Não raras vezes fui confrontada com a inviabilidade de o Ministério Público

² <<https://www.dgs.pt/em-destaque/portugal-doencas-cerebro-cardiovasculares-em-numeros-201511.aspx>>, consultado em dezembro de 2018.

³ <http://www.ansr.pt/Estatisticas/RelatoriosDeSinistralidade/Documents/2018/RELATÓRIOS%20MENSIAIS%20-%20VÍTIMAS%20A%2024%20HORAS/Rel_AGO_2018_24h.pdf>, consultado em dezembro de 2018.

propor estas ações, designadamente, por impossibilidade de constituição do conselho de família, por existirem inúmeras pessoas — predominantemente idosas, mas não só — que não possuem, com três pessoas, uma qualquer relação de proximidade, familiar ou de amizade, que as compelsse a aceitar o exercício dos cargos de tutor, protutor e o de vogal. Por esta razão, os procedimentos tendentes à propositura dessas ações tornavam-se, nalgumas situações, muito morosos, consideradas as diligências que era necessário desenvolver até se lograr conseguir identificar quem se predispusesse a aceitar exercer aqueles cargos, sendo que, além disso, por vezes, o expediente tinha mesmo de ser arquivado, sem que a ação fosse proposta porque, apesar dos esforços desenvolvidos, não se conseguia, de todo, proceder à constituição do conselho de família.

Conhecia, de igual modo, as questões associadas à morosidade dos procedimentos tendentes à citação do Requerido, decorrentes da circunstância desta atuação processual ter, necessariamente, que se iniciar com a expedição de carta registada com aviso de receção, ainda que já existissem elementos no processo dando nota de que o Requerido não tinha qualquer condição para a receber.

No entanto, para além de conhecer alguns dos entropesços processuais, tinha, acima de tudo, noção do desajuste dogmático das soluções em vigor que se reportavam a um tempo — a década de 60 do século passado — em que, por exemplo, a esperança média de vida era, à nascença, de 64 anos ao passo que hoje é de 81,3 anos, ou lembrar que a utilização de imagens por ressonância magnética capazes de realizar exames com imagens de resolução espacial em poucos minutos teve o seu início nos anos 80 do século passado.

Basta, pois, lançar um breve olhar pelo mundo que nos rodeia e proceder à comparação, ainda que apressada, com o que acontecia há cerca de meio século atrás para, com extrema facilidade, concluirmos que as mudanças, designadamente,

sociais, económicas, científicas e tecnológicas foram incomensuráveis, sendo que a tudo acresce a, por demais conhecida, diminuição da capacidade agregadora da família.

Numa outra perspectiva, a evolução cultural permite hoje considerar o portador de deficiência como pessoa igual, sem prejuízo das necessidades especiais a que a lei deve dar resposta.

Neste contexto, tornou-se claro que, no tocante ao regime de suprimento das incapacidades dos adultos, e mais especificamente no que diz respeito à interdição, não poderia manter-se o atual instituto que, contas feitas, se destina, em exclusivo, às grandes incapacidades intelectuais, ou seja, a quem já não possui qualquer condição para ser autossuficiente em qualquer aspeto da sua vida, circunstância que determina que, juridicamente, passe a ficar impossibilitado de exercer os direitos de que é titular e a ser, em tudo, equiparado aos menores.

Na verdade, são evidentes os efeitos automáticos, globais e estáticos associados à interdição que, uma vez decretada, tem as consequências pré-definidas na lei – todas aquelas mas também apenas as ali inscritas. Assim, apesar de conceptualmente o regime visar a proteção de quem se encontra numa situação de incapacidade, acaba, perversamente, por se traduzir em desproteção. Isto porque, por um lado, existe, compreensivelmente, uma enorme resistência familiar e social em recorrer a um instituto jurídico destinado a «incapacitar civilmente» outrem, o que compele a que não o façam ficando, conseqüentemente, essas pessoas, completamente submetidas ou à mercê da boa, ou má vontade de terceiros; por outro lado, este instituto jurídico deixa de fora do seu perímetro de proteção um grande conjunto de pessoas que não se encontram naquela situação limite mas que, não obstante, devem ser juridicamente protegidas.

Neste contexto, em que, por este conjunto muito alargado de razões, se tornava premente proceder à profunda reformulação destes institutos, surgiu a feliz possibilidade de

ser celebrado um protocolo entre o Ministério da Justiça e as Faculdades de Direito das Universidades de Coimbra e Lisboa, nos termos do qual os civilistas decanos daquelas Faculdades se predispueram a formular um projeto de proposta de lei destinado, precisamente, a proceder à reconformação do regime jurídico relativo ao suprimento das incapacidades dos adultos.

Cumpre-me, pois, dar não só nota pública deste encontro de vontades, mas, acima de tudo, apresentar o meu profundo agradecimento àquelas Universidades e, acima de tudo, a quem, integrado nestas, se dispôs a colocar, de modo absolutamente gratuito, a sua mestria e saber ao serviço da comunidade.

Por esta via, logrou alcançar-se um novo regime jurídico relativo às incapacidades das pessoas maiores de idade – o maior acompanhado – que, atento à experiência de ordens jurídicas culturalmente próximas da nossa e aos instrumentos internacionais vinculantes para o Estado Português, estabelece o tratamento condigno da pessoa, de qualquer idade, que careça de proteção, seja qual for o fundamento dessa necessidade.

O Novo Regime

Em síntese apertada, diria que as alterações que, a breve trecho, entrarão em vigor (10 de fevereiro de 2019), visam, no essencial, dois objetivos matriciais.

O primeiro é o de substituir o atual sistema que apenas admite respostas rígidas por um outro que, recusando automatismos, se alicerça no reconhecimento de que as diferentes situações de incapacidade, com graus diferenciados de dependência, carecem de respostas e de apoios distintos, devendo essa diversidade ser tida em conta no desenho das medidas e das respostas adotadas a cada situação concreta.

O segundo é o de se pretender que as concretas medidas estabelecidas relativamente a cada cidadão visem, tanto quanto possível, preservar a independência e autonomia de que a pessoa

ainda dispõe, incluindo a liberdade de fazerem as suas próprias escolhas, mantendo o acompanhado, salvo decisão judicial em contrário, liberdade para a prática de atos de caráter pessoal e pessoalíssimos, como seja, a de casar, de se unir de facto, de procriar, de adotar, de exercer as responsabilidades parentais, de se divorciar, de votar ou de testar.

Como é claro, estes pilares são alicerçados num conjunto alargado de âncoras substantivas e adjetivas.

Por comparação com o regime atual dir-se-á poder afirmar-se, com convicção, que se procede a uma mudança de paradigma na medida em que se adota, quanto às incapacidades dos adultos e ao modo de as suprir, um novo modelo de ação, que, afigura-se, é o que melhor traduz o respeito pela dignidade da pessoa visada que se pretende que seja tratada como pessoa inteira, com direito à solidariedade, apoio e proteção que a sua vulnerabilidade reclamada.

LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK EN ESPAÑA: UNA DÉCADA DE ACIERTOS Y DESACIERTOS¹

INMACULADA VIVAS-TESON
Universidad de Sevilla (España)

1. Un decenio de vigencia de la Convención de Nueva York en el Ordenamiento jurídico español

En el recién despedido año 2018 hemos conmemorado el décimo aniversario de la entrada en vigor en el ordenamiento

DOI: 10.47907/livro/2022/Maior_Acompanhado/Cap02

¹ Este trabajo se incluye entre los resultados del proyecto de investigación “Discapacidad, Enfermedad Crónica y Accesibilidad a los Derechos” (DER2016-80138-R) del Ministerio de Economía y Competitividad, así como del Grupo de Investigación SEJ617 “Nuevas dinámicas del Derecho privado Español y Comparado”.

jurídico español de la Convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad², razón por la cual consideramos muy oportuno detenernos para realizar, de manera sintética, un balance de todos los pasos dados en esta década y del camino que aún resta por recorrer.

En 2008 la Convención conseguía despertarnos, sacudirnos ante una realidad existente pero, hasta entonces, invisible, pues las personas con discapacidad eran encerradas³ en las casas, manicomios o cárceles (en las que aún permanecen, indebidamente, muchas de ellas). Ahora, gracias a dicho Tratado internacional, son visibles, visibilidad que, lamentablemente, está llevando aparejado un incremento de los delitos de odio por discapacidad, la disforia⁴ contra la cual debemos poner todo nuestro empeño para erradicarla completamente a través de una única herramienta: la educación en igualdad.

Puede afirmarse, sin temor a errar, que es unánime la consideración de que dicho Tratado internacional ha sido crucial en materia de derechos humanos por su enorme impacto, marcando un antes y un después en la evolución

² Instrumento de ratificación de 23 de noviembre de 2007, publicado en el BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008 y con entrada en vigor el 3 de mayo de 2008.

³ En este sentido afirma Antonio PAU PEDRÓN, “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil”, *Revista de Derecho civil* 5/3 (2018) 6: “La situación de las personas con alteraciones intelectuales ha sido vista por el Derecho, hasta tiempos recientes, como un problema que afectaba a la sociedad y que había que resolver drásticamente: sacándolas fuera de ella”.

⁴ Según el Informe anual del Ministerio del Interior, en 2015 se produjeron 226 incidentes relacionados con la discapacidad, mientras que en 2016 fueron 262, experimentándose, por tanto, un incremento del +15,9%. En 2016, la discapacidad ocupa el segundo lugar entre los distintos contextos establecidos en el Sistema Estadístico de Criminalidad, tras el de “racismo y xenofobia” (<http://www.interior.gob.es/documentos/10180/5791067/ESTUDIO+INCIDENTES+DELITOS+DE+ODIO+2016.pdf/c5ef4121-ae02-4368-ac1b-ce5cc7e731c2>).

de los derechos de las personas diversamente capaces. Su aplicación ha supuesto, sin duda, avances importantísimos, destacadamente, la visibilización de las personas con discapacidad (con independencia del tipo de deficiencia y de si tienen o no modificada su capacidad) poniendo el acento en la persona, pero es igualmente cierto que aún faltan muchos retos por alcanzar en su interpretación, grado de cumplimiento y desarrollo normativo. Lamentablemente, persisten numerosos escollos tanto de hecho como jurídicos; se siguen produciendo, sistemáticamente, vulneraciones de derechos.

Dicho Instrumento ha conllevado, sin lugar a dudas, un cambio paradigmático de actitud y enfoque respecto de la discapacidad a nivel mundial⁵. Se mira la discapacidad con otros ojos. La Convención advierte a España y a los restantes Estados así como a las Organizaciones supranacionales (como la Unión Europea⁶) firmantes que el único abordaje que puede hacerse de la discapacidad es desde los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona⁷.

Para la Convención, es necesario poner todos los medios posibles con el fin de conocer la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1ª) de 30 de septiembre de 2014 señala:

⁵ En el ámbito de la discapacidad, se percibe, claramente, la reciente “humanización” que están experimentando los legisladores internacionales, europeos y nacionales, como señalábamos en VIVAS TESÓN, Inmaculada, “Retos actuales en la protección jurídica de la discapacidad”, *Revista Pensar* 20/3 (2015) 825 (<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/4110>).

⁶ La Unión Europea ratificó la Convención en el año 2011, siendo la primera vez que dicha organización supranacional llega a ser parte de un Tratado internacional.

⁷ Así lo subraya Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2014, 22.

“puede subrayarse la improcedencia de desconocer la voluntad de la persona discapacitada. Es cierto que en determinados casos esta voluntad puede estar anulada hasta el extremo de que la persona discapacitada manifieste algo que objetivamente la perjudique. Pero esta conclusión sobre el perjuicio objetivo debe ser el resultado de un estudio muy riguroso sobre lo manifestado por la persona discapacitada y sus consecuencias a fin de evitar que lo dicho por ella se valore automáticamente como perjudicial, y lo contrario, como beneficioso”.

Y continúa:

“a tenor de lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la voluntad de la persona discapacitada (en el caso, incapacitada por decisión judicial) debe ser respetada salvo que razones objetivas permitan concluir que ello la perjudicaría”.

Como expresa el Alto tribunal (Sala de lo civil, Sección 1ª) en su Sentencia de 16 de mayo de 2017, la Convención

“opta por un modelo de apoyos para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3). Se trata, como declara el art. 1 de la Convención, de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente. Con el fin de hacer efectivo este objetivo, los Estados deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Esas salvaguardias deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. En particular, las salvaguardias, deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (art. 12.4 de la Convención). Desde esta perspectiva

debe interpretarse lo dispuesto en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento civil...” (FJ. 5º).

De este modo, revisten especial importancia los “ajustes razonables”, que, según el art. 2 de la Convención, son

“las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”⁸.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 2 de noviembre de 2009 considera que

“la entrada en vigor de la Convención debe llevar consigo, obviamente, la adaptación de la normativa española al instrumento internacional en todo aquello que lo contravenga, pero también permite a los órganos judiciales, inmediatamente, interpretar la normativa vigente de conformidad con la Convención, completando las lagunas de nuestro ordenamiento jurídico con el propio texto de la Convención, garantizando así la efectiva aplicación de los derechos reconocidos en la norma internacional a las personas con discapacidad”.

En el caso enjuiciado, se consideró un “ajuste razonable” la exoneración a determinadas personas con discapacidad de las exigencias previstas como requisitos para la obtención de una beca para cursar 4º de Derecho, de manera que resultara garantizada la no discriminación de las personas con discapacidad en el ejercicio de su derecho a acceder a la educación superior.

⁸ Acerca de los ajustes razonables puede consultarse la reciente Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 26 de abril de 2018 (<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>).

Las diversas lecturas que del texto internacional he realizado a lo largo de estos diez años me han conducido siempre a extraer la conclusión (la cual, incluso, he tenido ocasión de dejar reflejada por escrito) de que la Convención de Nueva York no reconocía ningún derecho nuevo que no estuviera ya contenido en anteriores Tratados. Sin embargo, hoy por hoy, confieso discrepar conmigo misma, pues estoy plenamente convencida de que sí reconoce, con contundencia, un nuevo derecho: el derecho a la accesibilidad universal (no sólo arquitectónica, en la cual solemos pensar únicamente), esto es, al ejercicio accesible y efectivo de todos los derechos para tener una vida plena e independiente, incluido el derecho a elegir su recorrido vital y el derecho a equivocarse. Sólo así se da cumplimiento no sólo a lo dispuesto a la célebre “estrella polar” de la Convención, su art. 12, sino, junto a éste, otro precepto que, a mi juicio, es igualmente crucial y por ello no tiene sentido uno sin el otro, el 19 y su reconocimiento al derecho a una vida independiente e inclusiva en la comunidad. Se trata ésta de una disposición normativa transversal y, por ello, íntimamente interrelacionada con las restantes contenidas en el Tratado de Nueva York, pese a lo cual, extrañamente, no suele prestársele tanta atención como al art. 12.

El citado art. 19 se basa en el principio fundamental de derechos humanos de que todos los seres humanos nacen iguales en dignidad y en derechos y todas las vidas tienen el mismo valor, como señala la Observación general núm. 5 (2017) del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad⁹, la cual enfatiza dicho derecho tanto en su dimensión individual¹⁰ como social de plena inclusión y participación en

⁹ <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>>.

¹⁰ Para la citada Observación general nº 5, vida independiente signifi-

aquella¹¹. El derecho consagrado en el art. 19 CDPD, como

ca “que las personas con discapacidad cuenten con todos los medios necesarios para que puedan tomar opciones y ejercer el control sobre sus vidas, y adoptar todas las decisiones que las afecten. La autonomía personal y la libre determinación son fundamentales para la vida independiente, incluidos el acceso al transporte, la información, la comunicación y la asistencia personal, el lugar de residencia, la rutina diaria, los hábitos, el empleo digno, las relaciones personales, la ropa, la nutrición, la higiene y la atención de la salud, las actividades religiosas y culturales, y los derechos sexuales y reproductivos. Las siguientes actividades están vinculadas al desarrollo de la identidad y la personalidad de cada individuo: dónde vivimos y con quién, qué comemos, si nos gusta dormir hasta tarde o acostarnos a altas horas de la noche, si preferimos quedarnos en casa o salir, si nos gusta poner mantel y velas en la mesa, tener animales domésticos o escuchar música. Tales acciones y decisiones nos hacen ser quienes somos. La vida independiente es una parte esencial de la autonomía y la libertad de la persona y no significa necesariamente vivir solo. Tampoco debe interpretarse únicamente como la capacidad de llevar a cabo actividades cotidianas por uno mismo. Por el contrario, debe considerarse como la libertad de elección y de control, en consonancia con el respeto de la dignidad inherente y la autonomía individual consagradas en el artículo 3 a) de la Convención. La independencia como forma de autonomía personal implica que la persona con discapacidad no se vea privada de la posibilidad de elegir y controlar su modo de vida y sus actividades cotidianas”.

Por tanto, como puede comprobarse, las decisiones personales abarcan todos los aspectos del sistema de vida de la persona tanto en la esfera privada como en la pública y tanto en lo cotidiano como a largo plazo.

¹¹ Según la Observación general nº 5, “el derecho a ser incluido en la comunidad se refiere al principio de inclusión y participación plenas y efectivas en la sociedad consagrado, entre otros, en el artículo 3 c) de la Convención. Incluye llevar una vida social plena y tener acceso a todos los servicios que se ofrecen al público, así como a los servicios de apoyo proporcionados a las personas con discapacidad para que puedan ser incluidas y participar plenamente en todos los ámbitos de la vida social. Esos servicios pueden referirse, entre otras cosas, a la vivienda, el transporte, las compras, la educación, el empleo, las actividades recreativas y todas las demás instalaciones y servicios ofrecidos al público, incluidos los medios de comunicación social. Ese derecho también incluye tener acceso a todas las medidas y acontecimientos de la vida política y cultural de la comunidad, entre otras cosas reuniones públicas, eventos deportivos, festividades culturales y religiosos y cualquier otra actividad en la que la persona con discapacidad desee participar”.

señala la citada Observación general nº 5, abarca ambas dimensiones.

Así las cosas, los arts. 12 y 19 CDPD están directamente conectados o vinculados porque el reconocimiento de la personalidad y capacidad jurídicas es la base para que la ciudadanía con discapacidad logre vivir, de forma independiente y plena, en el seno de la comunidad. Por consiguiente, es preciso garantizar a todas las personas con discapacidad, al margen de su concreta deficiencia, el derecho a la capacidad jurídica (de goce y de ejercicio), para decidir dónde, cómo y con quién vivir.

En mi modesta opinión, la accesibilidad se erige como un nuevo derecho de la personalidad. La no accesibilidad a los derechos es una flagrante violación de la dignidad humana, puesto que si los derechos reconocidos a todas las personas sin excepción no pueden disfrutarse plena y efectivamente no puede vivirse una vida digna.

Conforme a los principios, valores y mandatos contenidos en dicho Tratado internacional, se han producido significativos avances e importantes conquistas en la inclusión y plena ciudadanía de las personas con diversidad funcional (cuatro millones de la población española¹², si bien es preciso destacar que las estadísticas en materia de discapacidad son, a día de hoy, una asignatura pendiente¹³) y siguen suscitándose importantes

¹² Los únicos datos estadísticos oficiales de los cuales disponemos en España son los de la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (conocida como EDAD) del Instituto Nacional de Estadística, publicada en noviembre de 2008 (si reparamos en la fecha, es más que probable que las cifras se hayan incrementado en estos años), conforme a la cual en nuestro país, alrededor de un 8,5% de la población, esto es, más de 3,8 millones de personas residentes en hogares españoles, por sexo, más de 2,30 millones de mujeres frente a 1,55 de hombres (puede consultarse en <www.ine.es/prensa/np524.pdf>).

¹³ Consciente de ello y para materializar el mandato del art. 31 de la Convención, el cual obliga a los Estados parte a la recopilación de datos y

cambios jurídicos y de políticas públicas no sólo en nuestro país, sino también en todos los Estados y organizaciones signatarios de este primer gran Tratado del sistema universal de derechos humanos del Siglo XXI.

Veamos, sucintamente, cuáles han sido tales avances.

1.1. Una necesaria renovación terminológica

Los legisladores, gobernantes, operadores jurídicos, medios de comunicación y, en general, toda la ciudadanía, desde sus respectivas responsabilidades profesionales, funciones, prácticas y, muy especialmente, actitudes personales, deben tomar conciencia de la realidad existencial diaria de las personas con discapacidad y del enfoque de derechos que preconiza la Convención, el cual debe calar profundamente en todos los ámbitos de la sociedad.

Y ello comienza por algo tan simple como es la utilización de un lenguaje adecuado y respetuoso. Las palabras demuestran

estadísticas sobre discapacidad, que les permita formular y aplicar políticas públicas en este dominio, el Instituto Nacional de Estadística llevará a cabo cinco grandes operaciones estadísticas sobre distintos aspectos de la realidad social de la discapacidad en España a lo largo del año 2019, según el Plan Estadístico Nacional 2017-2020 para dicho ejercicio, aprobado por el Real Decreto 1518/2018, de 28 de diciembre (publicado en el BOE núm. 314, de 29 de diciembre).

Asimismo, es reseñable que la Ley Orgánica 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género (publicada en el BOE núm. 314, de 29 de diciembre) haya previsto que la información estadística sobre víctimas de violencia de género incluya la variable de discapacidad, tanto en las mujeres como en los menores de edad que sufren este tipo de violencia. De esta manera, la información estadística obtenida sobre delitos de violencia machista deberá poder desagregarse con un indicador de discapacidad de las víctimas, estableciéndose un registro de los menores víctimas de violencia de género con discapacidad.

cultura, el grado de civilización, el modo de pensar, respeto. No se trata de un mero lenguaje políticamente correcto. No es algo banal. Cambiemos el lenguaje y cambiaremos el mundo.

El legislador español, afortunadamente, se ha dado cuenta de ello y ha señalado cuáles son, en el entorno de la discapacidad, las palabras a usar y cuáles a descartar. De este modo, nuestro Derecho ha experimentado en los últimos años una evolución terminológica en la materia y, así, ya la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, lleva por rúbrica “Protección patrimonial de las personas con discapacidad” (no “discapacitadas”), estableciendo en la Disposición Adicional 8ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, que las referencias contenidas en los textos normativos a los “minusválidos” y a las “personas con minusvalía”, se entenderán realizadas a “personas con discapacidad” (si se nos permite el símil, como en el procesador de texto la utilización de “buscar” y “reemplazar”), y que dicho término será el utilizado para denominarlas en las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas.

“Discapacidad” ha sido también el término empleado en la Convención ONU, en cuyo Preámbulo se reconoce que

“e) ...es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

De este modo, en un proceso de adecuación terminológica y conceptual de las normas reguladoras de la discapacidad, conforme al mandato de la citada Disposición Adicional 8ª y a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF-2001) de la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), el RD. 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento,

declaración y calificación del grado de discapacidad, y por el que se modifica el RD. 1971/1999, de 23 de diciembre, sustituye el término “minusvalía” por el de “discapacidad”, y las referencias que en el RD. 1971/1999 se realizaban hasta ahora a “grado de discapacidad” se sustituyen por “grado de las limitaciones en la actividad”. Por consiguiente, debemos desterrar, por completo, de nuestro lenguaje el término peyorativo “minusvalía”.

Como puede observarse, el foco de atención se centra en la persona y no en su condición, la cual viene después y con carácter accesorio. Conforme a ello, discapacitado como sustantivo no debe utilizarse, pues confunde una parte con el todo. Somos muy dados a etiquetar, a encasillar, a clasificar.

En este sentido, algunas normas han optado por cambiar la denominación de “procedimiento de incapacitación judicial” por el de “procedimiento de modificación de la capacidad”¹⁴, el cual, según el reciente Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de septiembre de 2018, de lograr ver la luz, pasaría a ser el “procedimiento de provisión de apoyos”.

No obstante, el art. 49 de la Constitución Española de 1978 sigue aún conservando, lamentablemente, el término “disminuidos”: “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título

¹⁴ La expresión “personas con capacidad modificada judicialmente” ya es utilizada, entre otras normas, por el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil y por el Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos.

otorga a todos los ciudadanos”, si bien el Consejo de Ministros aprobó en diciembre de 2018 un Anteproyecto de reforma constitucional para eliminar dicha palabra.

1.2. La aplicación judicial de la Convención de Nueva York

Ante la pasividad o timidez legislativa para enmendar las injustas cortapisas a los derechos de las personas con discapacidad, es como si la Convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad, norma de nuestro Ordenamiento jurídico con fuerza vinculante, directamente aplicable y susceptible de ser invocada (así lo reconoce expresamente la Instrucción 1/2017, de 27 de marzo, de la Fiscalía General del Estado sobre la actuación del fiscal para la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de menores de edad con discapacidad ante los medios de comunicación audiovisual¹⁵), estuviera inexplicadamente excluida del célebre principio *iura novit curia*.

Sólo algunos jueces y tribunales (a los que han de sumarse, por supuesto, otros operadores jurídicos) con cierta sensibilidad hacia los derechos de las personas con discapacidad han ido cambiando, a golpe de sentencia, la visión de las cosas en este ámbito. Y si bien debemos felicitarnos por ello, tampoco se nos oculta que el respeto de los derechos y la dignidad de la persona diversamente capaz se ha convertido en una auténtica “lotería judicial”, al depender de que toque un juzgador que conozca (e interprete adecuadamente, lo que no siempre sucede) o no una norma de tan profundo calado. La existencia de la persona con diversidad funcional y el respeto de sus derechos y libertades no puede quedar al albur de sensibilidades y buenas

¹⁵ <https://www.fiscal.es/fiscal/pa_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INSTRUCION%201-2017%20%20PROTECCION%20IMAGEN%20MENORES%20CON%20DISCAPACIDAD.pdf?idFile=dbf8197e-058d-4934-bc68-c39a01a5cf38>.

voluntades, sino del estricto cumplimiento de un mandato normativo. Ello no sólo provoca una enorme inseguridad jurídica, sino que, además, el daño ocasionado cuando se priva indebidamente a la persona de sus derechos, de su capacidad jurídica nombrándosele un representante que gobierne su vida en lugar de un mecanismo de apoyo o asistencia para la toma de decisiones personales y patrimoniales, incluso aunque con posterioridad dicha decisión judicial fuera revocada en segunda instancia, es irreparable.

Podría afirmarse que el punto de partida en relación a la doctrina jurisprudencial generada por la aplicación de la Convención ONU comenzó con la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1ª) de 29 de abril de 2009, apegada al actual sistema legal de incapacitación judicial de 1983¹⁶, el cual fue considerado por el Alto tribunal acorde con los principios de la Convención de Nueva York: “...el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue, por tanto, vigente, aunque con la lectura que se propone: ‘1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. 2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada’”. Esta doctrina (que, adelantamos, no compartimos) ha sido posteriormente reiterada, con algunos,

¹⁶ Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, “La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la Sala Primera”, in IDEM, dir. / GARCÍA MEDINA, coord., *Estudios y Comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016, 59-60.

matices, por las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1ª) de 11 de octubre de 2012, 24 de junio de 2013, 1 de julio de 2014, 13 de mayo y 18 de diciembre de 2015.

La Convención contempla un modelo de apoyos necesarios para que la persona ejercite su capacidad jurídica, apoyos que, como precisa la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1ª) de 27 de noviembre de 2014, “no enumera ni acota pero que se podrán tomar en todos los aspectos de la vida, tanto personales como económicos y sociales para, en definitiva, procurar una normalización de la vida de las personas con discapacidad, evitar una vulneración sistemática de sus derechos y procurar una participación efectiva en la sociedad, pasando de un régimen de sustitución en la adopción de decisiones a otro basado en el apoyo para tomarlas, que sigue reconociendo a estas personas iguales ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, y en igualdad de condiciones con los demás, como se ha dicho en el informe del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (11º período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014), sobre el contenido normativo del artículo 12 de la Convención”.

A mi parecer, el procedimiento de modificación de la capacidad no se ajusta a dicho Instrumento internacional. No podemos seguir adelante dando mayor uso a la curatela¹⁷ en detrimento de la tutela pero constriñendo a la persona a pasar, necesariamente, por una previa declaración judicial de incapacitación a la cual se llega a través de un juicio

¹⁷ Vid. Sofía DE SALAS MURILLO, “Repensar la curatela”, *Derecho privado y Constitución* 27 (2013) núm. 27, p. 11-48; y Pedro BOTELLO HERMOSA, “La sentencia del Tribunal Supremo 421/2013, de 24 de junio de 2013, como prueba de la eficiente adaptación del artículo 12 a través de la curatela”, *Actualidad civil* 9 (2015) 10-15; y IDEM, “El refuerzo de la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención ONU sobre derechos de personas con discapacidad al Ordenamiento jurídico español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 91/749 (2015) 1345-1380.

contradictorio que suele durar, aproximadamente, un año. Ello no se ajusta ni mucho menos al sistema de apoyos previsto en la Convención. Para proteger a la persona no es preciso incapacitar¹⁸. Nada avanzamos si nos limitamos a cambiar el término “incapacitación” por el de “modificación judicial de la capacidad”, pues de lo que se trata es de desplazar el centro de gravedad a la autonomía individual y autodeterminación de la persona con apoyos (sólo cuando éstos sean necesarios) y no de mantenerla en el ámbito de la incapacidad.

En materia de alimentos, nuestro Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1ª), en su Sentencia de 7 de julio de 2014¹⁹, en relación a un hijo mayor de edad con esquizofrenia paranoide reconocida superior al 65% (sin modificación judicial de la capacidad) que sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios, afirma en su Fundamento Jurídico 2º:

“la Convención sustituye el modelo médico de la discapacidad por un modelo social y de derecho humano que al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del incapacitado en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Estamos ante una nueva realidad legal y judicial y uno de los retos de la Convención será el cambio de las actitudes hacia estas personas para lograr que los objetivos del Convenio se conviertan en realidad. Decir que el hijo conserva sus derechos para hacerlos efectivos en el juicio de alimentos, siempre que se den los requisitos exigidos en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, no solo no responde a esta finalidad, sino que no da respuesta inmediata al problema.

¹⁸ Ya tuve ocasión de manifestar dicha opinión hace años en Inmaculada VIVAS TESÓN, “Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar”, *Revista de Derecho Privado* 96 (2012) 3-40.

¹⁹ Vid. Inmaculada VIVAS TESÓN, “La equiparación del hijo mayor de edad con discapacidad psíquica al menor *in potestate* a efectos de alimentos matrimoniales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 90/745 (2014) 2510-2541.

El problema existe al margen de que se haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación o no se haya prorrogado la patria potestad a favor de la madre. La discapacidad existe, y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores, para reconducirlo al régimen alimenticio propio de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, como deber alimenticio de los padres hacia sus hijos en situación de ruptura matrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 CC, pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación, (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico”.

Y sienta la siguiente doctrina: “la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos”, la cual ha sido reproducida por las posteriores Sentencias del Alto tribunal (Sala de lo civil, Sección 1ª) de 10 de octubre de 2014 y 17 de julio de 2015.

Sin embargo, la Convención no siempre es correctamente entendida y, por consiguiente, aplicada por nuestros órganos judiciales. En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo

civil, Sección 1ª) de 13 de diciembre de 2017²⁰ el caso de autos difiere de los pronunciamientos recién reseñados, dado que el alimentista, hijo mayor de edad con discapacidad, desarrolla una actividad laboral remunerada y, por tanto, cuenta con ingresos propios.

A la vista de ello y de la situación del progenitor alimentante, en incapacidad laboral y sin capacidad económica para pagar la pensión alimenticia de su hijo fijada en su momento en el procedimiento de separación matrimonial, el Juzgado de Primera Instancia declara extinguida la obligación del demandante de prestar alimentos a su hijo. Sin embargo, la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y revoca el fallo, manteniendo la pensión de alimentos a cargo del hijo al sostener que

“la supresión de los alimentos vulnera lo dispuesto en el artículo 39.3 cc y en los artículos 93 y 142 del Código Civil, ya que los progenitores están obligados a prestar alimentos a sus hijos menores de edad y a los mayores, como en este caso, discapacitados que no pueden mantenerse por sí mismos: La Convención Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos de Personas con Discapacidad, que ha sido ratificada por España en fecha 23 de noviembre de 2007, reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y la mejora continua de sus condiciones de vida (sts 7 de julio 2014)”.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el padre demandante, manteniendo, en su integridad, el fallo de primera instancia al considerar que

²⁰ Inmaculada VIVAS TESÓN, “La obligación de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: ponderación de discapacidad de alimentante y alimentista. Comentario a la sts de 13 diciembre 2017”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil* 107 (2018) 123-140.

“1. La respuesta al problema planteado es simplista y desviada de lo que debió tenerse en cuenta para resolverlo. La sentencia da a entender que todos y cada uno de los supuestos de minusvalía, física, mental, intelectual o sensorial, conllevan la misma solución y que a todos ellos resulta de aplicación la doctrina de esta sala que cita, relativizando los principios y fundamentos que resultan de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad de 2006, sin ofrecer una respuesta adaptada a las particulares circunstancias de las personas afectada por la minusvalía, y sin valorar si son o no necesarios los apoyos que la Convención ofrece, referidos en este caso a la continuidad de la prestación alimenticia en favor de un hijo mayor de edad, cuya minusvalía resulta de la enfermedad de Crohn, a cargo de un padre en situación de incapacidad absoluta para toda actividad laboral” (FJ 2º).

Así las cosas, la Convención de Nueva York no obliga a establecer apoyos a la persona con diversidad funcional en todo caso, esto es, de manera automática por el hecho mismo de la discapacidad, sino sólo cuando sean imprescindibles y necesarios para llevar una vida independiente. Las ayudas o apoyos (personales, económicos, sociales, educativos, etc.) son meros complementos ortopédicos que proceden sólo cuando la persona los necesite para el ejercicio efectivo de sus derechos (sólo en caso de no ver bien necesitaré gafas o cuando tenga dificultad para caminar haré uso de una muleta o bastón), de modo que la Convención ONU propugna un modelo de apoyos de diversa índole y personalizados para favorecer la autodeterminación del sujeto en atención a sus concretas circunstancias vitales. Por consiguiente, no siendo preciso el apoyo alimenticio en el caso enjuiciado al contar el hijo alimentista con ingresos suficientes para hacer frente a sus necesidades, la solución al mismo viene dada por la mera aplicación de los artículos 146, 147 y 152 del Código civil, razón por la cual se declara su extinción.

Debemos dar cuenta de un reciente pronunciamiento judicial que ha roto moldes en relación a la atribución de la

guarda y custodia de los hijos²¹. Se trata de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª) de 23 de enero de 2018, la cual ha impuesto a un padre la custodia compartida (a cuyo régimen se opuso) de sus dos hijos menores de edad, padeciendo uno de ellos, desde temprana edad, trastorno de desarrollo y retraso madurativo con discapacidad reconocida del 33%, situación considerablemente agravada en la adolescencia.

En el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo en 2013 se había asignado a la madre la guarda y custodia individual de los dos hijos del matrimonio y un régimen de visitas al padre. Con posterioridad, la madre, al pasar a encontrarse, de manera sobrevenida, en una complicada situación personal (además de sus obligaciones laborales –enfermera con rotación de turnos–, el cuidado permanente de los hijos y la atención especial del menor con diversidad funcional, tras dejar de contar para ello con el imprescindible apoyo de sus padres a causa de una grave enfermedad de uno de ellos, quién falleció durante el proceso), solicita, en un procedimiento de modificación de las medidas acordadas en su momento, mayor implicación del padre en el cuidado de sus hijos (en dicho momento, de 14 y 16 años de edad). La madre solicita, como pretensión subsidiaria de no ser posible el establecimiento del régimen de custodia compartida, el aumento de la pensión alimenticia para atender los gastos de contratación de una persona especializada para atender al hijo con diversidad funcional. El padre también solicita modificación de medidas ante la negativa del hijo a pernoctar con él, oponiéndose al régimen de custodia compartida, a

²¹ En relación a la protección de los hijos en el seno de una ruptura parental tuve ocasión de pronunciarme en mis trabajos, “Protección de la discapacidad en el seno de la ruptura parental”, *La Ley Derecho de Familia* 10 (abril-junio 2016) 1-17; y “Niños y niñas con capacidades diferentes: el derecho de la persona a tomar sus propias decisiones”, *La Ley Derecho de Familia* 13 (2017) 14-29.

pesar de que sólo trabaja por las mañanas, lo que le permitiría dedicarse al cuidado de sus hijos.

El Juzgado de primera instancia decide mantener la custodia materna, pero incrementa la pensión de alimentos del hijo a cargo del progenitor no custodio en 75 euros.

Interpuesto recurso de apelación por la madre, el padre se opone impugnando, además, el incremento de la pensión de alimentos establecida a su cargo al reputar que la actual es ajustada, proporcionada y atiende suficientemente las necesidades de los hijos comunes. Por su parte, el Ministerio Fiscal se adhiere parcialmente al recurso de apelación de la madre, interesando, en esencia, el incremento de las pernoctas de los hijos con el padre y el aumento de la pensión de alimentos a cargo del padre, oponiéndose al recurso de éste.

La Audiencia Provincial, al resolver sendos recursos de apelación, hace las siguientes consideraciones en el Fundamento Jurídico 3º de su Sentencia:

“el art. 90.3 del C.c., en su última redacción establece que:
 «3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código”.

Como viene señalando el Tribunal Supremo “esta redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio ‘sustancial’, pero sí cierto” (v.gr. Sentencia de fecha 12 de abril de 2016 dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo). Apreciado así el interés del menor en correspondencia a los mandatos normativos internos e internacionales que lo

tutelan (art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 2011[sic], el art. 39 de la Constitución, y el art. 2 de la Ley 1/1996 de Protección del Menor). Revocándose por ello aquellas sentencias que “petrifican” la situación de la menor desde el momento del convenio regulador aprobado judicialmente “sin atender a los cambios que desde entonces se han producido”, como precisa la Sentencia 390/2015, de 26 de junio. Así en particular

“el hecho de que un determinado régimen establecido se haya «venido llevando a cabo, sin incidencia alguna” desde su inicio, desde sus inicios con determinada edad del menor, “no es especialmente significativo para impedirlo. Lo contrario supone desatender las etapas del desarrollo de los hijos y deja sin valorar el mejor interés del menor en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen srs, Sala de lo Civil, Sección: 1ª, 29/11/2013 (rec. 494/2012)” (srs, Civil Sección 1ª de 25 de octubre de 2017).

Habiéndose considerado entre otros parámetros para valorar el cambio de circunstancias relevante desde la fecha de la sentencia antecedente a estos efectos la propia evolución de los menores por razón de edad (sts 17.10.2017), dado que ello supone cambios sustanciales en la personalidad de los mismos, debiendo comprender con mayor razón las peculiaridades de los supuestos de hijos discapacitados, que demandan una mayor atención y exigencia de corresponsabilidad parental. Sin perjuicio de valorar conjuntamente con ello la estabilidad perseguida en los mismos, conflictividad subsistente en la pareja, dificultades de comunicación, posibilidades de conciliación de vida familiar y profesional, deseos de los menores, y desde luego la capacitación e idoneidad personal de cada progenitor. Habiendo incidido el Tribunal Supremo en Sentencias de 21 de julio y 27 de septiembre de 2011, en la nota de Derecho dinámico que caracteriza el Derecho de familia e insiste en la posibilidad de efectuar un seguimiento

del modelo de guarda establecido. En la primera de las citadas recuerda que “en esta materia decisiones judiciales pueden ser modificadas mediante el procedimiento de modificación de medidas siempre que las nuevas circunstancias sean favorables al interés del menor” y la segunda citada señala que

“este tribunal no puede decidir sobre la conveniencia general o no de esta forma de protección del hijo en los casos de separación de los padres sino de si ello es conveniente para aquel menor en el concreto momento y todo teniendo en cuenta que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando han cambiado las circunstancias por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas”.

Por lo demás es cierto que, en la actualidad, se establece como modelo preferible o preferido el de la guarda compartida entre los progenitores. Ahora bien, dicha prioridad legal frente a la guarda individual solo se dará si las circunstancias concurrentes avalan su adopción de modo que deberá ceder si es contraria al interés del menor, porque el modelo preferente es aquel que mejor tutela el interés del menor, considerando a estos efectos a los anteriores parámetros señalados.

Descendiendo al caso de autos, la Audiencia Provincial, consciente de que “las peculiaridades del estado mental y evolución de la personalidad del referido menor no permiten aventurar una certidumbre plena sobre la repercusión o alcance venidero del cambio de régimen”, considera aconsejable “la adopción de un régimen paritario y lo más equilibrado posible de consideración a ambos menores, que comprende la análoga exigencia de partes sobre los mismos, y de un modo estructural y no meramente coyuntural, que únicamente el establecimiento de un régimen de custodia compartida puede abarcar”.

Y continúa afirmando:

“la oportunidad del cambio sobrevenido, se valora así de acicate o estímulo a la progresión e implicación más intensa en la corresponsabilidad de ambos padres para el mejor desarrollo

y atención sobre los dos menores, y en particular del hijo de discapacitado.

La conflictividad, por otro lado, de los progenitores en el marco del régimen de custodia exclusiva de la madre hasta la fecha considerado, resultaba así en el presente caso otro elemento que cuestiona la persistencia de dicha situación previa, sirviendo con mayor razón – y contradictoriamente a lo que ocurre en los supuestos ordinarios sin hijos con discapacidad-, para apreciar prudencialmente la necesidad del cambio de régimen interesado. Ello por cuanto no cabe desconectar además que las desavenencias de aquellos se relacionan o implican directamente con el estado y evolución adversa del menor discapacitado.

En el caso, no se advierte mayor duda de la realidad apreciable y apreciada por todos -cada uno a los efectos que a su instancia interesaba- del cambio circunstancial de la evolución de la conducta del menor, con los hechos y episodios diversos conocidos y vividos por ambos padres, e incremento de las dificultades de su adecuado control y atención al compás de su crecimiento y mayor edad, y que evidenciaban los distintos informes de autos. Realidad por sí misma que dejaba cuestionada por insuficiente y sobrepasada tanto la medida vigente de la sola custodia materna hasta la fecha mantenida, como la de su mera modificación parcial en cuanto a las visitas paternas, dada la entidad del problema familiar que subyace entre las partes de autos, y que por su peculiaridad y alcance exige extremar las posibilidades y deberes respectivos de ambos, sin que pueda por, ello hacerse recaer sobre ninguna de ellas en particular o con mayor protagonismo personal como hasta la fecha resultaba, esencialmente a través de la madre demandada. Habiendo decaído, respecto de esta última además, la red de apoyo sustentada en la figura de su padre y abuelo de los menores, recientemente fallecido, como circunstancia relevante asimismo a considerar, precipitando la entera crisis de sostenimiento familiar finalmente avocada a esta alzada”.

Así las cosas, consciente de la excepcionalidad de las circunstancias del caso y pese al estrecho margen de tiempo por

la cercana mayoría de edad de los hijos, la Audiencia Provincial, fija un régimen de custodia compartida de alternancia semanal (de lunes a lunes) con supresión de visitas intersemanales y períodos vacaciones por mitad, el cual

“brinda la oportunidad de poner en juego la mejor estrategia y habilidades de conciliación de las partes en beneficio de los menores, con suficiencia para superar en todo momento el riesgo de enfrentamientos que pudieren propiciarse con ocasión de la sucesión en los periodos de las estancias cortas que la previsión de custodia compartida semanal comprende, hasta la esperada normalización de las relaciones familiares mutuas venideras, apartándola de su actual judicialización”.

En relación a la pensión de alimentos,

“cada progenitor abonará los gastos ordinarios de sostenimiento de los menores durante el tiempo en que estén bajo su cuidado. Los gastos extraordinarios se abonarán en la misma proporción entre partes en que se venían atendiendo hasta la fecha a conformidad de las mismas.

Todo lo cual se advierte, por su sencillez, de perfecto encaje en el caso, al menos, como punto de partida y sin perjuicio de su mejor desarrollo o desenvolvimiento oportuno que fuere preciso, conforme a las dificultades que su práctica ponga de manifiesto. Remitiéndonos al efecto, al debido entendimiento de partes, con preferencia a cualquier intervención judicial”.

En materia sucesoria, destacamos un pronunciamiento muy reciente del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018, el cual versa sobre la impugnación de dos testamentos notariales otorgados por una mujer con discapacidad intelectual, siendo el primero de ellos otorgado antes de la sentencia de modificación de la capacidad pero cuando el Ministerio fiscal ya había instado el procedimiento judicial, en tanto que el segundo testamento fue otorgado con posterioridad a la sentencia que había sometido a la testadora a curatela para la realización de actos de disposición sin expresa mención a la facultad de

testar. Familiares no beneficiados testamentariamente solicitan la declaración de nulidad de ambos testamentos por no tener capacidad bastante para otorgarlos o, alternativamente, por no cumplir las correspondientes formalidades.

En apoyo de su pretensión los demandantes sostienen que la testadora carecía de capacidad bastante para otorgar los testamentos al no estar en su sano juicio y no poder comprender el alcance del acto dispositivo que estaba realizando, por padecer desde siempre de discapacidad intelectual. Respecto del segundo de los testamentos añaden que, además, tenía modificada judicialmente su capacidad cuando lo otorgó.

Por su parte, la parte demandada se opone alegando que la testadora padecía una discapacidad que no le impedía hacer vida autónoma y desenvolverse en su vida privada con independencia y que la sentencia que la incapacitó la consideraba apta para la vida normal y cotidiana, limitando su capacidad para los actos de disposición *inter vivos*, no para otorgar testamento. Respecto del segundo testamento añaden que fue otorgado cumpliendo las previsiones del art. 665 CC, dado que el notario requirió la intervención de dos facultativos de los que la testadora era paciente.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara la nulidad de los testamentos otorgados ante notario por no tener capacidad bastante para otorgarlos. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia provincial lo estima, revocando la sentencia de instancia, concluyendo:

“Lo que revela una capacidad de juicio suficiente y una voluntad clara y coherente expresada en los testamentos, de dejar sus bienes, tanto en 1993, como cuando estaba ya diagnosticada de cáncer terminal y preveía su fin, a las personas que le prestaron su apoyo durante toda su vida y en quienes confiaba, que no son otras que su prima Isabel y la hija de ésta y es claro su deseo en todo momento exteriorizado de excluir de su sucesión a su cuñada con quien no tenía ninguna relación afectiva positiva y por extensión, a los hijos de ella hoy actores; voluntad clara,

inequívoca, coherente y decidida que se mantiene en el tiempo y que obliga a considerar capaz a la causante cuando otorgó el testamento en el año 2012, en lo que coincidieron el notario y los facultativos que la examinaron, por lo que dejamos sin efecto la declaración de nulidad de dicho testamento y también la del otorgado en el año 1993 que responde a la misma voluntad, de acuerdo con el propio informe de la demandada que señala que la capacidad de la finada debido a su enfermedad no experimentó cambios en el tiempo por lo que ha de deducirse que era la misma que en el año 2012, en aquella fecha, por todo lo cual se revoca la apelada y se desestima la demanda”.

Los demandantes interponen recurso de casación planteando la cuestión de si puede otorgar testamento conforme al art. 665 CC una persona que, de acuerdo con lo dispuesto en una sentencia de modificación de la capacidad de obrar, precisa de la intervención del curador para realizar actos de disposición. El Tribunal Supremo lo desestima por los siguientes motivos:

- 1.^a) El principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento (art. 10 CE, art. 322 CC, art. 760.1 LEC, ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. La Convención proclama como objetivo general el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad así como promover el respeto de su dignidad inherente (art. 1).
- 2.^a) De manera específica para el testamento, el art. 662 CC establece que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe «expresamente». De esta manera se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción. En consecuencia, no cabe basar la falta de capacidad para testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad.
- 3.^a) Atendiendo a su diferente naturaleza y caracteres, la disposición de bienes mortis causa no puede equipararse a los actos de disposición inter vivos y existe una regulación

específica para el otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad mental o intelectual.

4.a) Partiendo de que el testamento es un acto personalísimo (art. 670 CC), ni el tutor como representante legal puede otorgar testamento en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue el testamento.

5.a) Conforme a las reglas sobre la capacidad para otorgar testamento, debe atenderse al estado en el que el testador se halle al tiempo de otorgar el testamento (art. 666 CC). Por eso, el testamento hecho antes de la «enajenación mental» es válido (art. 664). Por eso también el notario debe asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar (art. 685 CC).

6.a) Con el fin de garantizar la suficiencia mental del testador, para el otorgamiento de testamento por la persona con la capacidad modificada judicialmente el art. 665 CC impone una garantía especial adicional que consiste en el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir dos facultativos.

Como ha declarado reiteradamente esta Sala, ello no impide que la aseveración notarial sobre el juicio del testador pueda ser desvirtuada, pero para ello son precisas pruebas cumplidas y convincentes (entre otras, sentencias de esta sala 250/2004, de 29 de marzo, 289/2008, de 26 de abril, 685/2009, de 5 de noviembre, 20/2015, de 22 de enero, 435/2015, de 10 de septiembre, 461/2016, de 7 de julio)”.

Así las cosas, el Tribunal Supremo concluye en el Fundamento Jurídico 5º de su Sentencia:

“La aplicación al caso de la doctrina expuesta lleva a desestimar el recurso de casación y confirmar la sentencia de la Audiencia Provincial. De acuerdo con lo dicho, acierta la sentencia recurrida cuando afirma que la limitación de la capacidad de obrar establecida por la sentencia que exige la intervención del curador para los actos de disposición no puede interpretarse en el sentido de que prive de la capacidad para otorgar testamento. El testamento será válido si se otorga conforme a las formalidades

exigidas por el art. 665 cc y no se desvirtúa el juicio de capacidad del notario favorable a la capacidad para testar mediante otras pruebas cumplidas y convincentes”.

Todo un acierto, a mi modo de ver.

1.3. Avances normativos

Desde 2003, año europeo de la discapacidad²², nuestro legislador, a través de su Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, ha proporcionado diversas herramientas jurídicas tuitivas a favor de las personas con deficiencia, como, entre otras, la autotutela, el patrimonio especialmente protegido, el poder preventivo o la sustitución fideicomisaria que grava la legítima estricta en favor de hijo con capacidad judicialmente modificada (eficaces mecanismos de protección pero aún, lamentablemente, muy desconocidos)²³.

Además, a raíz de la ratificación por España de la CDPD y el compromiso, en consecuencia, asumido de adecuar nuestro Ordenamiento jurídico a los mandatos del citado Tratado internacional, se han ido promulgando, sucesivamente, varias normas: la Ley 26/2011, de 1 de agosto y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como Real Decreto Legislativo 1/2013,

²² Decisión del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, publicado en el DOUE, Serie L, núm. 335, de 19 de diciembre de 2001.

²³ Para un estudio más detenido de tales instrumentos jurídicos, vid. Inmaculada VIVAS TESSÓN, *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos*, Madrid: Difusión jurídica, 2010, 113-177.

de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social y la reciente Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones, según la cual, desde febrero de 2018, las personas con discapacidad ya pueden formar parte del jurado popular, lo que es conforme al art. 13 de la Convención.

Digna de reseña es una metedura de pata cometida por el legislador y que ha sido recientemente enmendada: la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria modificó la redacción del art. 56 del Código civil en los siguientes términos “si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el secretario judicial, notario, encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”, lo que suponía una discriminación contra las personas con discapacidad al contraer matrimonio²⁴. Tras la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, el citado art. 56 del Código Civil pasa a tener el siguiente tenor literal:

“el Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de

²⁴ Según la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de diciembre de 2016 sobre la interpretación del art. 56 del Código civil relativo a la forma de celebración del matrimonio, el requisito de dictamen médico debía interpretarse de manera restrictiva y en casos en que la discapacidad afectase de manera evidente e impeditiva en la prestación del consentimiento, aunque se prestasen los apoyos necesarios.

las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

Pese a las mejoras y avances en materia de derechos humanos y discapacidad, aún quedan algunas piezas del puzle sin encajar e importantes retos normativos por cumplir.

A mi entender, en Derecho español existe una clara disfunción o desajuste pues la imprescindible exigencia normativa de un reconocimiento formal de discapacidad con un grado mínimo del 33% no casa adecuadamente con la definición de discapacidad contenida en el art. 1, pfo. 2º de la Convención (“las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, de modo que la discapacidad no se presenta por deficiencias concretas de las personas, sino por diversas barreras que pueden ser sociales, físicas, actitudinales o jurídicas, lo que permite establecer como objetivo la eliminación de las barreras existentes de toda índole) y, por tanto, creemos que no se ajusta al modelo social de la misma como sí, en cambio, el art. 2.a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad²⁵ y de

²⁵ Art. 2: “A efectos de esta ley se entiende por: a) Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

su inclusión social, así como el art. 25 del Código penal en su redacción de 2015²⁶. Para mayor confusión, dicho certificado administrativo sigue exigiéndose para algunos actos jurídicos pero, en cambio, no para otros, como, por ejemplo, en la Ley de Propiedad Horizontal, que en su art. 10.1.b) reconoce automáticamente a los mayores de 70 años su condición de personas con discapacidad. A la vista de ello, me pregunto: hoy día, en el Ordenamiento español, ¿quién es, desde el punto de vista jurídico, una persona con discapacidad?

Por otra parte, han debido transcurrir diez años para afrontar la reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. En septiembre de 2018 el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley por la que se acometerá dicha reforma, la cual, con mejoras técnicas en su texto, confío en que muy pronto pueda convertirse en una realidad normativa.

Haciendo un brevísimo comentario acerca de dicha iniciativa legislativa, considero que está en sintonía con la Convención de Nueva York y su enfoque de derechos humanos al pretenderse, a toda costa, indagar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad²⁷, quedando relegado su interés²⁸.

²⁶ Art. 25: “A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma”.

²⁷ Para Antonio PAU PEDRÓN, “De la incapacitación al apoyo”, 8, “este es un punto de gran relevancia, en torno al cual gira el cambio profundo que se lleva a cabo en materia de discapacidad: el «interés de la persona con discapacidad» hay que situarlo *detrás* de «la voluntad, deseos y preferencias de la persona». El «interés de la persona con discapacidad» no aparece nombrado en ningún momento a lo largo de la Propuesta, a diferencia del concepto de «interés del menor», que aparece nueve veces citado en el Código civil. Lo mismo sucede en la Convención de 2006: en ningún momento se habla del «interés de la persona con discapacidad», mientras que el «interés del niño» aparece mencionado tres veces”.

²⁸ Como señala Antonio PAU PEDRÓN, “De la incapacitación al apoyo”, 9, “cuando esas «voluntad, deseos y preferencias» de la persona con disca-

Valoro muy positivamente la creación de un sistema de apoyos voluntarios y judiciales para el ejercicio de la capacidad jurídica, si bien echo en falta un instrumento similar a la asistencia catalana²⁹.

Repárese en que el Anteproyecto se olvida por completo del patrimonio especialmente protegido, el cual sigue rigiéndose por la Ley 41/2003, norma que exige a tu titular el certificado administrativo de discapacidad de, como mínimo, el 33%.

En materia sucesoria, el Anteproyecto está en línea con los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo de 15 de marzo y 15 de junio de 2018, en cuanto a ampliar, el máximo posible, la capacidad de testar. Es todo un acierto la nueva redacción del art. 697 c.c. así como la preocupación por ofrecer medios técnicos o humanos para que la persona exprese su última voluntad, en relación a los cuales considero que el notario se convierte en un apoyo importantísimo (tal vez, con ánimo de suprimir, en lo posible, barreras cognitivas, debiera exigirsele al fedatario público que fuera intérprete de lengua

pacidad no están plenamente formadas, es necesario contribuir a esa formación. Hay que procurar que la persona con discapacidad tenga, efectivamente, una determinada «voluntad, deseos y preferencias». Por eso dice el artículo 248 de la Propuesta que «las personas que presten apoyo [...] procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias». Conforme a ello, el Presidente de la Sección Primera, de Derecho civil, de la Comisión general de Codificación, indica que «el «interés de la persona con discapacidad» queda muy relegado en relación con la voluntad de la persona –y situado incluso detrás la voluntad presunta–», por ello que, a su juicio no acierten algunos ordenamientos en poner en primer plano el interés, como el Código civil catalán (art. 221-1), el ABGB austriaco (§ 275, ap. 1) o el Código civil francés (art. 415). Y concluye: “Por tanto, en la contraposición de los criterios del «interés» y la «voluntad», hay que dar preferencia a esta última. Sólo cuando la voluntad no puede expresarse ni reconstruirse, entrará el juego el criterio del interés”.

²⁹ Arts. 226-1 a 226-7 del Código civil de Cataluña.

de signos). Por el contrario, considero un craso error suprimir la sustitución ejemplar, así como la regulación propuesta de la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, la cual pasa a restringirse a los hijos y ya no a los descendientes, pero deja sin resolver numerosas dudas existentes en la actualidad (la sustitución fideicomisaria, ¿ha de recaer sobre todo el tercio de legítima estricta o puede limitarse sólo a una parte de la misma?; ¿qué sucede si hay más de un hijo en situación que le impida desenvolverse de forma autónoma; ¿es posible la sustitución fideicomisaria de residuo?)³⁰, además de generar otras nuevas (si la sustitución fideicomisaria se realizará “en beneficio de un hijo del testador que se encuentre en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma”, ¿de qué hijo se trata si deja de exigirse que tenga la capacidad modificada como ahora?, ¿se le exigirá el certificado administrativo de discapacidad o estar sujeto a curatela y, en tal caso, a cuál, a la representativa?; por otra parte, ¿a qué momento ha de atenderse para considerar que la persona puede ser beneficiaria, es decir, no puede desenvolverse de forma autónoma?).

Para finalizar, entre los importantes pasos normativos dignos de reseña destaco uno muy reciente y anhelado: la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad³¹, mediante la cual y atendiéndose a una reivindicación social³², se devuelve a unas cien mil

³⁰ Para un estudio en profundidad, vid. Pedro BOTELLO HERMOSA, *La sustitución fideicomisaria especial Introducida por la Ley 41/2003*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

³¹ BOE núm. 294, de 6 de diciembre.

³² Con anterioridad a dicha reforma legal, interesante resulta el Auto del Tribunal Constitucional (Sala 2ª, Sección 3ª) de 28 de noviembre de

personas un derecho del que habían sido incomprensiblemente por sentencia. Tras esta modificación legal, a ninguna persona con discapacidad se le podrá retirar en el futuro el derecho de sufragio, y quienes estuvieran en esta situación a su entrada en vigor lo recuperarán de modo automático, por mandato directo de la Ley (cuestión ésta, sin duda, controvertida en cuanto a la imprescindible separación de poderes).

2. Retos y desafíos en materia de discapacidad

La entrada de la Convención en nuestro Ordenamiento jurídico ha supuesto, sin duda, avances importantísimos, destacadamente, la visibilización de las personas con discapacidad (con independencia del tipo de deficiencia, de la edad, del género y de la modificación o no de la capacidad) poniendo el acento exclusivamente en la persona, pero es igualmente cierto que aún faltan muchos retos que afrontar.

Siguen vulnerándose, a diario, los derechos inherentes a la persona, lo que es intolerable tras una década de vigencia del Tratado de Nueva York en nuestro país. Las personas con discapacidad viven, cotidianamente, con numerosos escollos o barreras que sortear: del entorno o físicas, actitudinales (por desinformación, indiferencia, prejuicios...) e institucionales (las discriminaciones refrendadas legalmente así como la falta de cumplimiento efectivo de las disposiciones normativas). En cierto modo, seguimos la costumbre espartana de arrojar a las personas con discapacidad por el Monte Taigeto.

2016, el cual confirma el criterio del Tribunal Supremo de que es válido privar del derecho al voto cuando en el procedimiento de incapacitación se ha realizado una prueba sobre la materia y en la sentencia se justifica dicha privación, si bien dicho pronunciamiento tiene un voto particular en el cual se pone de manifiesto el incumplimiento de la Convención de Nueva York de 2006.

La educación inclusiva es, sin lugar a dudas, una asignatura pendiente. Al respecto, nos congratulamos por dos pronunciamientos judiciales que, esperamos, no sean los únicos.

De un lado, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo contencioso-administrativo de Málaga, Sección 3ª) de 10 de julio de 2017 es un buen precedente para derribar barreras para la educación de jóvenes con discapacidad en la Formación Profesional ordinaria por razón de edad.

De otro, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 14 de diciembre de 2017, en la que resolviendo un caso relativo a un alumno que presentaba una situación de discapacidad, en concreto, trastorno de espectro autista (TEA), y cuyos padres reclamaban la escolarización en un centro educativo ordinario, impugnando la resolución de la Administración educativa que había decidido su escolarización en un centro de educación especial, establece los principios y contenidos esenciales del derecho a la educación inclusiva [vid., a propósito de ello, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de enero (Sala 1ª) de 2014] y las exigencias que deben cumplir las Administraciones Educativas, debiéndose interpretar la normativa sobre la materia conforme el art. 24 CDPD. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que, como señala el Informe “Estado mundial de la Infancia 2013: niños y niñas con discapacidad” de UNICEF³³,

“la inclusión va más allá de la integración. Por ejemplo, en la esfera educativa, la integración significaría, sencillamente, admitir a los niños y niñas con discapacidad en las escuelas ‘generales’. La inclusión, sin embargo, sólo es posible cuando el diseño y la administración de las escuelas permiten que todos los niños y las niñas participen juntos de una educación de calidad y de las oportunidades de recreación. Esto supondría

³³ Puede consultarse en <https://www.unicef.org/spanish/sowc2013/files/SPANISH-SOWC13-Ex_Summary_Lo-res_web.pdf>.

proporcionar a los estudiantes con discapacidad facilidades como acceso al sistema braille y al lenguaje de señas, y adaptar los planes de estudios”³⁴.

Para acabar con las prácticas de segregación escolar de estudiantes con discapacidad en centros de educación especial ante el duro informe que el Comité ONU que vela por los derechos de las personas con discapacidad emitió contra el Estado español por vulnerar el art. 24 de la Convención, el Gobierno acaba de anunciar que va a incorporar medidas de educación inclusiva del alumnado con discapacidad en el proyecto de reforma de la Ley Orgánica de Educación³⁵.

Otro desafío es lograr que todos y cada uno de los entornos, productos, servicios y procedimientos reúnan condiciones de accesibilidad, presupuesto necesario para el goce efectivo y pleno de los derechos de los que, como el resto de la ciudadanía, son titulares las personas con discapacidad. Cuando los derechos son inalcanzables es evidente que existe una directa vulneración de los mismos y, en última instancia, están siendo negados.

Por tanto, por accesibilidad no ha de entenderse sólo la física o arquitectónica, sino la universal, en la que se comprende, además, la sensorial y la cognitiva. En relación a esta última, concerniente a la supresión de barreras de comprensión y comunicación, creemos necesario que en todas las normas en las cuales se regule el consentimiento informado se contemple que tanto la información previa

³⁴ Vid. Ignacio CAMPOY CERVERA, “El derecho a una educación inclusiva de calidad”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, dir. / GARCÍA MEDINA, coord., *Estudios y Comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016, 523-533.

³⁵ Noticia publicada el 12 de enero de 2019 en el Diario El País (https://elpais.com/sociedad/2018/12/27/actualidad/1545917225_924744.html) y en Europa press (<https://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-son-medidas-alumnado-discapacidad-podrian-incluirse-reforma-educativa-20190112125006.html>).

como el proceso de prestación del consentimiento sean no sólo accesibles sino también comprensibles. Una buena fórmula legal que considero extrapolable a otras materias (por ejemplo, cesión de datos de carácter personal, en cuya Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, sin embargo, brilla por su ausencia) nos parece el art. 9.5º de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en su redacción dada por la de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad:

“...Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento”³⁶.

Como puede comprobarse, en dicho tenor literal se contiene la obligación de prestar medidas de apoyo necesarias,

³⁶ Nos resulta curioso que la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad modificara también el art. 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad aunque no con idéntica redacción (“Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias: 2. ... La información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad”), pasando por alto el art. 4.1, pfo. 3º de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, el cual sigue manteniendo su redacción originaria por la que establece que la información que ha de proporcionarse a las personas con discapacidad con carácter previo al consentimiento se les prestará “en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades”.

haciéndose hincapié no sólo en la accesibilidad física sino también en la cognitiva.

Al niño, niña y adolescente con diversidad funcional ha de prestársele mucha mayor atención. Debe respetarse su derecho a ser oído y escuchado³⁷ tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento que le afecte *ex art.* 9 de la Ley Orgánica 1/1996, precepto que ha recibido nueva redacción por parte de la reciente Ley Orgánica 8/2015³⁸; su derecho al

³⁷ En relación con el derecho a ser oído y escuchado, *vid.* art. 12 de la Convención ONU de los derechos del niño, art. 7.3 de la Convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad, art. 24 de la Carta europea de los derechos fundamentales y, entre otros, arts. 92.6º, 154, 156 pfo. 2º, 158, 159, 177 y 178 del Código civil.

³⁸ La nueva redacción tiene el siguiente tenor literal: “1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su

ocio; su derecho a una vida sexual y reproductiva, reconocido en el art. 23 de la Convención de Nueva York pese a lo cual los niños y jóvenes con diversidad funcional suelen ser excluidos de los programas de salud sexual y de la reproducción y sobre el VIH/Sida y otras enfermedades venéreas al partirse de la premisa de que no son sexualmente activos. Ni siquiera se les proporciona información básica acerca de los cambios que experimenta su cuerpo o de cómo están expuestos a correr un mayor riesgo de sufrir abusos; también tienen, como los demás, el derecho a la identidad de género³⁹.

Un importante sector del colectivo de las personas con discapacidad es el de las mujeres, las cuales presentan una problemática específica repleta de restricciones y limitaciones. En este sentido, en relación al problema de la violencia de género, se ha constatado que la confluencia de factores como el género y la discapacidad convierte a las mujeres con diversidad funcional en un grupo con grave riesgo de sufrir algún tipo de maltrato. En cuanto al derecho a la salud, la mujer con discapacidad tiene numerosas barreras para acceder a la planificación familiar y a la asistencia a la reproducción.

El Dictamen exploratorio titulado “La situación de

opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración”.

³⁹ Para un estudio más detenido, Inmaculada VIVAS TESÓN, “Niños y niñas con capacidades diferentes”, 14-29.

las mujeres con discapacidad (soc/579)”, a solicitud del Parlamento europeo y aprobado en julio de 2018 por el pleno del Comité Económico y Social Europeo⁴⁰, comienza afirmando que las mujeres y las niñas con discapacidad, el 16% de la población femenina total de Europa, siguen sufriendo una discriminación múltiple e interseccional basada en su género y su discapacidad y, más adelante, recomienda que los Estados miembros de la Unión europea deben combatir la violencia contra las mujeres y las niñas con discapacidad adoptando, entre otras, medidas, la tipificación como delito de la violencia sexual y otros tipos de violencia contra las mujeres y las niñas con discapacidad, incluido el fin de la esterilización forzada.

Al respecto, según datos del Consejo General del Poder Judicial (2010-2016), cada año se autorizan judicialmente en España un centenar de esterilizaciones⁴¹ a niñas, adolescentes y mujeres adultas con diversidad funcional intelectual o psicosocial⁴² y capacidad modificada⁴³, consideradas socialmente “no aptas”

⁴⁰ Puede consultarse en <<https://webapi.eesc.europa.eu/documentsanonymous/eesc-2018-01639-00-00-ac-tra-es.docx>>.

⁴¹ Interesante resulta la sts (Sala 2ª), de 1 de febrero de 2002, que absolvió de un delito de lesiones a los facultativos que esterilizaron a una joven que padecía Síndrome de Down, sin haber obtenido la preceptiva autorización judicial.

⁴² La cifra anual es estimada, puesto que en esta materia no existe transparencia estadística.

Según CERMI, en España se resolvieron judicialmente 140 casos de esterilización forzosa en 2016, sin que sea posible conocer la resolución final de cada procedimiento y sin que se pueda saber la incidencia en mujeres y hombres. A este respecto, ha de señalarse que la esterilización forzosa tiene un indiscutible sesgo de género, pues es muy inferior en el caso de los hombres con diversidad funcional, por ello que nos centremos en las mujeres.

⁴³ Durante muchos años en España se ha acudido al procedimiento de incapacitación judicial (hoy, de modificación de la capacidad) con el único objetivo de esterilizar una niña, adolescente o mujer adulta con diversidad funcional para eliminar el riesgo de embarazo.

para ser madres, bajo el pretexto claramente paternalista de su bienestar y salvaguarda de sus intereses, en definitiva, para que, supuestamente, vivan una vida mejor⁴⁴.

La iniciativa, a veces, parte de los padres, tutores o guardadores de la mujer obedeciendo a razones de comodidad o egoísmo (en algunos casos, justificadas por el abandono a su suerte por parte de la sociedad en general), pero, en otras ocasiones las esterilizaciones forzosas por razón de discapacidad se llevan a cabo porque desde el entorno socio-sanitario (por ejemplo, para acceder a un determinado centro o institución) se aconseja a la familia adoptar dicha medida.

La esterilización coactiva suele llevarse a cabo en la primera menstruación de la adolescente para detener el ciclo y, así, facilitar el cuidado personal, cuando alcanza la mayoría de edad y empieza a relacionarse con otras personas, o bien tras el nacimiento de su primer hijo o hija.

Aunque la Convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad asegura que todas las personas con discapacidad son sujetos activos y titulares de derechos y, por tanto, tienen el derecho a participar en todos los ámbitos de la sociedad en igualdad de trato y condiciones con sus iguales sin discapacidad, a las niñas y mujeres con diversidad funcional se deniegan sus derechos humanos a través de diferentes prácticas⁴⁵, como cuando se las excluye sistemáticamente de

⁴⁴ Ha de tenerse en cuenta que existe también un número indeterminado de mujeres con discapacidad que son esterilizadas sin sentencia judicial, puesto que, con carácter previo, han prestado, por escrito (conforme a lo dispuesto por el art. 8.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica) su consentimiento por el cual se supone que entienden y aceptan el motivo de la intervención quirúrgica. Es evidente que si el consentimiento no es informado, dicha práctica “voluntaria” resulta, igualmente, inadmisibile.

⁴⁵ Según el art. 6 de la Convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad, “1. Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas

los sistemas de atención a la salud sexual y reproductiva por considerarlas asexuales, cuando se les restringe la elección de métodos anticonceptivos voluntarios, la supresión menstrual, una deficiente atención durante el embarazo y en el parto, abortos coercitivos y la imposibilidad de ser madre.

El art. 39, letra b) del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 2011 (más conocido como el Convenio de Estambul) tipifica como delito cuando se cometa de modo intencionado “el hecho de practicar una intervención quirúrgica que tenga por objeto o por resultado poner fin a la capacidad de una mujer de reproducirse de modo natural sin su consentimiento previo e informado o sin su entendimiento del procedimiento”.

Además, otro instrumento internacional clave, la Convención de Nueva York, si bien no hace expresa alusión a la esterilización forzada, sí impone el pleno respeto de los derechos de las mujeres con diversidad funcional, entre ellos, el derecho al igual reconocimiento de la persona ante la ley y a la capacidad jurídica (art. 12), a la integridad personal (art. 17), los derechos reproductivos (art. 23) y el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud (art. 25), lo que determina, sin duda alguna, un nuevo horizonte para la maternidad de la mujer diversamente capaz.

Conforme a dicho enfoque de derechos humanos, la esterilización forzada ha sido uno de los puntos de incumplimiento de la Convención de Nueva York que el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad

con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención”.

señaló al Estado español en sus observaciones finales al informe presentado por España, instándose a que suprimiera la esterilización sin el consentimiento, pleno y otorgado con conocimiento de causa del paciente⁴⁶.

Pese a ello, en el Ordenamiento jurídico español sigue contemplándose la esterilización forzosa, en concreto, en nuestro Código penal, en el que debería introducirse la absoluta prohibición de su práctica. Lo curioso es que dicho Cuerpo legal se ha reformado recientemente, en concreto, en el año 2015⁴⁷, pero, en mi opinión, al legislador le ha faltado la suficiente valentía para acabar, de manera definitiva, con esta flagrante mutilación de derechos que contraviene, sin lugar a dudas, la Convención.

El nuevo art. 156 CP, en relación al delito de lesiones, dispone que

“no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

⁴⁶ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Observaciones finales sobre el informe inicial de España, 19 de octubre de 2011 (CRPD/C/ESP/CO/1), párrafos 37 y 38, en las que el Comité instaba a España a que suprimiera la administración de tratamientos médicos, en particular la esterilización, sin el consentimiento, pleno y otorgado con conocimiento de causa, del paciente, y a que velara por que la legislación nacional respete especialmente los derechos reconocidos a las mujeres en los arts. 23 y 25 de la Convención ONU.

⁴⁷ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

No será punible –continúa el legislador penal- la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil⁴⁸.

Como puede comprobarse, la esterilización involuntaria no es punible cuando se trate de una persona que no pueda prestar, “de forma permanente”, su consentimiento y “se

⁴⁸ En su redacción anterior, el art. 156.2º del CP de 1995 disponía: “sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el de mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”. Por tanto, pese a la ubicación de la norma, la esterilización compete al Juez civil, no al penal. Al respecto, la Disposición Adicional 1ª de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal establece: “La esterilización a que se refiere el párrafo segundo del artículo 156 del Código Penal deberá ser autorizada por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal, y previo examen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento”.

Contra su antecedente legal, el art. 428 del CP de 1989, se planteó cuestión de constitucionalidad alegándose contradicción de la norma legal con el art. 15 de la Constitución Española. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 215/1994, de 14 de Julio (BOE de 18 de agosto), resolvió el recurso planteado declarando que la esterilización de las personas con discapacidad intelectual prevista en el CP no era contraria a la Constitución.

Para conocer la evolución de la esterilización forzosa en el CP, vid. Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, “La esterilización de discapacitadas psíquicas en el proyecto de reforma del Código Penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal* 9 (2014) (BIB 2013\2709).

produzca un grave conflicto de bienes jurídicos protegidos”, lo que, además de generar numerosas dudas interpretativas para los órganos judiciales por la indeterminación o vaguedad de tales expresiones (¿qué ha de entenderse por “permanente”?, ¿cuándo hay “grave conflicto de bienes jurídicos protegidos”?, ¿se aprecia dicho conflicto, en idénticas circunstancias de imposibilidad de prestar consentimiento, cuando lo protagoniza una mujer con discapacidad psíquica que cuando se trata de un hombre, quien no padecerá las consecuencias de un embarazo, una gestación ni un parto?¿en qué casos el Juez ha de entender justificada y no punible la esterilización coactiva a efectos de autorizarla?)⁴⁹, a mi entender, no va de acuerdo ni con los principios ni con el espíritu ni con el cambio de paradigma que implica el Tratado de Nueva York.

Podría decirse que son tres los argumentos que suelen esgrimirse para justificar la esterilización forzosa de la mujer (con frecuencia, muy joven) diversamente capaz.

El primero, la incapacidad de las mujeres con discapacidad para ser madres. Es cierto que la maternidad es una elección responsable y ello obliga tanto al padre como a la madre a tener en cuenta las consecuencias de aquélla (arts. 39.3 de la Constitución española y art. 154 del Código civil), pero partir de que las mujeres con discapacidad no son capaces de ser madres y las mujeres sin ella sí no es un más que un prejuicio, una negativa percepción social fundada en ideas puramente subjetivas. ¿Acaso todas las mujeres sin discapacidad son, sin excepción, madres exitosas? Además, ¿acudimos a la esterilización forzosa invasiva de una mujer con discapacidad psíquica porque no somos capaces

⁴⁹ En esta línea Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, “La esterilización de discapacitadas psíquicas”, considera que “la expresión grave conflicto de bienes jurídicos protegidos encierra un concepto jurídico indeterminado, que ha de determinarse en cada caso. Creo que hubiera sido positivo que la ley objetivara de una forma más precisa las razones justificativas de la esterilización, pero no ha sido el caso”.

de proporcionar educación sexual y reproductiva, de trabajar con ella la afectividad, de explicarle cuáles son las responsabilidades que derivan de la maternidad?

Se llama, además, la atención sobre el costo social que el Estado (esto es, todos los ciudadanos), en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 39 de la Constitución Española, ha de afrontar para proporcionar atención (casa, educación, servicios sanitarios, etc.) al hijo, bien porque no pueda ser debidamente cuidado por su madre con diversidad funcional, bien porque aquél nazca con “taras” o deficiencias genéticas. Sorprende cómo, de este modo, el respeto a los derechos humanos se vincula directamente a los potenciales gastos que su garantía podría comportar, argumento que se aduce sólo cuando interesa, porque nada importa el alto coste que las familias, en soledad, deben afrontar para atender a sus hijos con discapacidad a causa de la deficiente accesibilidad de servicios públicos y la falta de recursos sociales y, en definitiva, de comprensión y solidaridad de la sociedad en general. Por otra parte, cuando sus hijas crezcan, ¿los padres han de pensar en el alto coste social que podrían provocar en caso de ser madres incapaces de ejercer las funciones de maternidad y, por ello, deben incapacitarlas judicialmente con el fin de esterilizarlas sin su consentimiento previo e informado? Y, por último, el art. 2 del Convenio de Oviedo⁵⁰ establece que “el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o la ciencia”. La esterilización, ¿no es la vía más fácil y económica y, si se nos permite, cobarde? Esta práctica degradante de la mujer no puede jamás encontrar justificación en el ahorro de gastos a la familia y a la sociedad.

Se aduce también que la esterilización obligatoria se hace

⁵⁰ Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (Aprobado por el Comité de Ministros el 19 de noviembre de 1996).

por el bien de la mujer con discapacidad, a quien, mediante aquélla, se evitan los problemas derivados de la menstruación así como eventuales abusos, lo que encontraría fundamento legal en el art. 6.1 del citado Convenio de Oviedo, a cuyo tenor, “...sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo”. Sin embargo, es justo al revés, la esterilización forzosa puede aumentar la vulnerabilidad de la niña, adolescente o mujer joven con discapacidad ante abusos sexuales, además de que evitándole el riesgo de un embarazo no se evita que sufra un abuso, violación o le sean transmitidas enfermedades venéreas. Es más, el embarazo, a veces, permite, precisamente, detectar un abuso sexual. Por otra parte, la esterilización obligatoria puede provocar una aparición temprana de la menopausia, osteoporosis y enfermedades cardiovasculares si se lleva a cabo antes de que la niña haya tenido la menstruación o durante la pubertad⁵¹.

Como comprobará el lector, los argumentos que suelen invocarse para avalar la esterilización forzosa son infundados, respondiendo, claramente, a estereotipos sociales que estigmatizan a las mujeres con diversidad funcional. La esfera sexual es privada y personal y la esterilización de una mujer con discapacidad es una decisión drástica e irreversible. La privación no consentida del derecho a la procreación y de la autonomía reproductiva es, sin duda, un acto de violencia⁵²

⁵¹ Informe “Poner fin a la esterilización forzosa de las mujeres y niñas con discapacidad”, de la Fundación CERMI Mujeres y el Foro Europeo de la Discapacidad (EDF), aprobado en la Asamblea General del EDF celebrada en Madrid (España) en mayo de 2017, pág. 7 (https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/novedades/INFORME%20ESTERILIZACI%C3%93N_0.pdf).

⁵² UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW Committee) (1992), Recomendación general nº 19, art. 16 (y art. 5), para. 22, <http://archive.ipu.org/splz-e/cuenca10/cedaw_19.pdf>.

irreparable que atenta contra la dignidad de la niña, adolescente o mujer adulta con discapacidad.

En este sentido, la Observación General nº 1 del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad⁵³ afirma que

“las mujeres con discapacidad presentan tasas elevadas de esterilización forzada, y con frecuencia se ven privadas del control de su salud reproductiva y de la adopción de decisiones al respecto, al darse por sentado que no son capaces de otorgar su consentimiento para las relaciones sexuales. Ciertas jurisdicciones tienen también tasas más altas de imposición de sustitutos en la adopción de decisiones para las mujeres que para los hombres. Por ello, es especialmente importante reafirmar que la capacidad jurídica de las mujeres con discapacidad debe ser reconocida en igualdad de condiciones con las demás personas”.

A la vista de ello, el Dictamen exploratorio “La situación de las mujeres con discapacidad (soc/579)” antes citado recomienda que la UE y los Estados miembros adopten todas las medidas necesarias para garantizar que todas las mujeres con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica tomando sus propias decisiones con respecto al tratamiento médico o terapéutico, con apoyo cuando así lo deseen, entre otras cosas tomando sus propias decisiones sobre la conservación de la fertilidad y la autonomía reproductiva, ejerciendo su derecho a elegir el número de hijos y el intervalo entre ellos y las cuestiones relacionadas con su sexualidad, y ejerciendo su derecho a entablar relaciones. Esto debe suceder sin coacción, discriminación ni violencia. La esterilización y el aborto forzados son una forma de violencia contra las mujeres y debe tipificarse como delito, con arreglo a lo previsto en el art. 39 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

⁵³ Observación General nº 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º periodo de sesiones, del 31 de marzo al 11 de abril de 2014 (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement>).

De este modo, el supuesto legal de esterilización forzosa que el legislador de 2015 ha decidido inexplicablemente mantener en el art. 156, pfo. 2º del Código penal no es, ni mucho menos, una medida de protección y bienestar de la niña, adolescente o mujer adulta con discapacidad, sino una privación de derechos humanos que, además, incrementa su vulnerabilidad. La práctica de la esterilización forzosa se enmarca, sin lugar a dudas, en un modelo paternalista y no de derechos humanos, único posible y en el cual el consentimiento libre, previo e informado de la persona titular de los mismos es esencial.

Así las cosas, ahora que la Sección Penal de la Comisión General de Codificación está afrontando la reforma de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales podría ser el momento idóneo para que el Código penal criminalizara las esterilizaciones no consentidas por razón de discapacidad y erradicara, definitivamente, esta forma de violencia contra la mujer.

3. Bibliografía consultada

- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “La esterilización de discapacitadas psíquicas en el proyecto de reforma del Código Penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal* 9 (2014). (BIB 2013\2709).
- BOTELLO HERMOSA, Pedro, “La sentencia del Tribunal Supremo 421/2013, de 24 de junio de 2013, como prueba de la eficiente adaptación del artículo 12 a través de la curatela”, *Actualidad civil* 9 (2015) 10-15.
- “El refuerzo de la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención ONU sobre derechos de personas con discapacidad al Ordenamiento jurídico español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 91/749 (2015) 1345-1380.
- *La sustitución fideicomisaria especial Introducida por la Ley 41/2003*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- CAMPOY CERVERA, Ignacio, “El derecho a una educación inclusiva de calidad”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, dir. / GARCÍA MEDINA, coord., *Estudios y Comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016, 523-533.

- DE SALAS MURILLO, Sofía, “Repensar la curatela”, *Derecho privado y Constitución* 27 (2013) 11-48.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, “La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la Sala Primera”, in IDEM, dir. / GARCÍA MEDINA, coord., *Estudios y Comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016, 59-106.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Cizur menor (Navarra): Aranzadi, 2014.
- PAU PEDRÓN, Antonio, “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil”, *Revista de Derecho civil* 5/3 (2018) 5-28.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada. *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos*, Madrid: Difusión jurídica, 2010, 113-177.
- *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*, Olivenza (Badajoz), Futuex, 2012 (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=494711>).
- “Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar”, *Revista de Derecho Privado* 96 (2012) 3-40.
- “La equiparación del hijo mayor de edad con discapacidad psíquica al menor *in potestate* a efectos de alimentos matrimoniales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 90/745 (2014) 2510-2541.
- “Retos actuales en la protección jurídica de la discapacidad”, *Revista Pensar* 20/3 (2015) 823-846 (<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/4110>).
- “Protección de la discapacidad en el seno de la ruptura parental”, *La Ley Derecho de Familia* 10 (abril-junio 2016) 1-17.
- “Niños y niñas con capacidades diferentes: el derecho de la persona a tomar sus propias decisiones”, *La Ley Derecho de Familia* 13 (2017) 14-29.
- “La obligación de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: ponderación de discapacidad de alimentante y alimentista. Comentario a la STS de 13 diciembre 2017”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil* 107 (2018) 123-140.

O REGIME DO ACOMPANHAMENTO DE MAIORES: ALGUNS ASPECTOS PROCESSUAIS

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

§ 1.º Introdução

I. Alterações legislativas

A Lei 49/2018, de 14/8, institui o regime jurídico do acompanhamento de maiores, em substituição dos institutos da interdição e da inabilitação. Para além de diversas alterações parcelares em inúmeros diplomas legais, os artigos 2.º e 3.º L 49/2018 introduzem importantes alterações, respectivamente, no Código Civil e no Código de Processo Civil¹.

DOI: 10.47907/livro/2022/Maior_Acompanhado/Cap03

¹ Os artigos citados sem indicação da sua origem pertencem ao Código de Processo Civil vigente.

As alterações realizadas no Código de Processo Civil — que são as únicas que agora importa considerar — abrangem os seguintes aspectos:

- Regime do processo especial relativo ao acompanhamento de maiores (artigos 891.º a 904.º), em substituição do processo de interdição e inabilitação;
- Regime da capacidade judiciária, de molde a adaptá-lo ao novo instituto do acompanhamento de maiores (artigos 16.º, n.º 1, 19.º, 20.º, n.º 2 e 4, e 27.º, n.º 1);
- Alterações avulsas em vários preceitos do Código de Processo Civil; em concreto, foi acrescentada a al. *d*) ao artigo 164.º (limitações à publicidade do processo) e foram adaptados os artigos 453.º, n.º 2 (de quem pode ser exigido o depoimento de parte), 495.º, n.º 1 (capacidade para depor como testemunha), 948.º, al. *a*) (prestação espontânea de contas do tutor ou acompanhante), 949.º, n.º 1 e 2 (prestação forçada de contas pelo tutor ou acompanhante), 950.º, n.º 1 e 2 (prestação de contas, no caso de emancipação, maioridade, cessação do acompanhamento ou de falecimento), 1001.º, n.º 1 e 2 (suprimento de consentimento no caso de incapacidade, ausência ou acompanhamento), 1014.º, n.º 1, 2 e 4 (autorização judicial do representante legal de menor, do acompanhante de maior ou do Ministério Público), e 1016.º, n.º 1, al. *b*), e 2 (alienação ou oneração de bens do ausente e confirmação ou ratificação dos actos praticados pelo representante de menor ou de maior acompanhado).

A isto acresce o que se encontra estabelecido no artigo 26.º L 49/2018 sobre a aplicação no tempo do novo regime de acompanhamento de maiores quanto a vários aspectos processuais.

II. Objecto da exposição

A exposição subsequente incide sobre os seguintes aspectos:

- O processo especial de acompanhamento de maiores;
- A capacidade judiciária do maior acompanhado;
- A aplicação no tempo da Lei 49/2018 em matéria processual.

§ 2.º Regime do processo de acompanhamento

I. Aspectos gerais

O processo de acompanhamento de maiores é o único meio para obter quer o decretamento da correspondente medida, já que o acompanhamento só pode ser decidido pelo tribunal (artigo 139.º, n.º 1, CC), quer a cessação ou a modificação de uma medida de acompanhamento já decretada, dado que essa modificação ou cessação também só podem ser realizadas através de uma decisão judicial (artigo 149.º, n.º 1, CC), quer ainda a revisão das medidas de acompanhamento, porque também esta revisão só pode ser efectuada pelo tribunal (artigo 153.º CC).

II. Princípio da efectividade

1. O processo especial de acompanhamento de maiores orienta-se, muito marcadamente e a vários níveis, por um princípio de efectividade. Isso é patente quer quanto à efectividade da protecção do beneficiário da medida de acompanhamento, quer quanto à efectividade da medida de acompanhamento que venha a ser decretada pelo tribunal.

2. Uma das preocupações do processo especial de acompanhamento de maiores é proteger o beneficiário da medida de acompanhamento durante a própria pendência do processo e depois do decretamento dessa medida. Essa

protecção é conseguida através:

- Da publicidade do início, do decurso e da decisão final do processo (artigo 153.º, n.º 1, CC; artigo 893.º, n.º 1), procurando-se que terceiros conheçam a possibilidade de vir a ser decretada a medida de acompanhamento ou que a medida foi decretada pelo tribunal; considerando a protecção da vida privada, esta publicidade só deve ocorrer quando seja estritamente necessária para defender os interesses do beneficiário e de terceiros (artigo 153.º, n.º 1, CC);
- Das comunicações e ordens dirigidas pelo tribunal a instituições de crédito, a intermediários financeiros, a conservatórias do registo civil, predial ou comercial, a administrações de sociedades ou a quaisquer outras entidades (artigo 894.º), certamente procurando proteger a pessoa ou os bens do maior antes ou depois do decretamento da medida de acompanhamento;
- Das medidas de acompanhamento provisórias e urgentes relativas à pessoa ou aos bens do beneficiário (artigo 139.º, n.º 2, CC); assim, por exemplo, o tribunal pode submeter o maior a tratamento médico ou a uma reabilitação para cura do consumo de álcool ou de estupefacientes e pode impor a administração do património ou das finanças do beneficiário por um terceiro;
- Da revisão periódica das medidas de acompanhamento; segundo o estabelecido no artigo 155.º CC, as medidas de acompanhamento devem ser revistas de acordo com a periodicidade que constar da sentença e, no mínimo, de cinco em cinco anos; a revisão periódica é justificada pela necessidade de verificar não só se a medida de acompanhamento se mantém adequada, mas também se o acompanhante desempenhou correctamente as suas funções; pode ainda ima-

ginar-se que a medida de acompanhamento tenha sido decretada para um tempo indeterminado (por exemplo, para o tempo correspondente à convalescença de um acidente), pelo que importa verificar se a medida deixou de ser justificada.

3. O processo especial de acompanhamento de maiores também procura que a medida que venha a ser decretada seja efectivamente útil, isto é, não se torne inútil em função de situações irreversíveis criadas antes do seu decretamento. Assim, de molde a acautelar o efeito útil da medida de acompanhamento, o tribunal pode decretar, a requerimento de uma parte ou mesmo oficiosamente, medidas cautelares (artigo 891.º, n.º 2).

Dado que a lei distingue entre medidas provisórias e urgentes (artigo 139.º, n.º 2, CC) e medidas cautelares (artigo 891.º, n.º 2), a distinção deve ser feita, no presente contexto, nos seguintes moldes:

- Uma medida cautelar é uma medida que antecipa uma medida de acompanhamento; por exemplo: o tribunal pode sujeitar, desde já, a celebração de certa categoria de negócios à autorização de uma outra pessoa (que pode vir a ser o futuro acompanhante);
- Uma medida provisória e urgente é uma medida que o tribunal impõe para protecção da pessoa ou do património do beneficiário; por exemplo: o tribunal pode impor o congelamento das contas bancárias do beneficiário ou que alguém, em representação deste beneficiário, trate da obtenção, junto dos serviços da segurança social, de uma pensão ou procure regularizar a situação sucessória do beneficiário junto de outros herdeiros.

III. Princípio da gestão processual

Os aspectos procedimentais do processo de acompanhamento de maiores estão regulados nos artigos 892.º (requerimento inicial), 895.º (citação e representação do beneficiário), 896.º (resposta do requerido), 897.º, n.º 1 (instrução do processo), 897.º, n.º 2, e 898.º (audição pessoal do beneficiário), 899.º (relatório pericial), 900.º (decisão do tribunal), 901.º (recursos) e 904.º, n.º 3 (termo e modificação das medidas de acompanhamento). Esta esparsa regulamentação justifica-se por dois factores:

- Aos processos especiais — como é o processo de acompanhamento de maiores — aplicam-se as disposições gerais e comuns, bem como o que se acha estabelecido para o processo comum (artigo 549.º, n.º 1);
- O processo civil português consagra o dever de gestão processual (artigo 6.º, n.º 1), atribuindo ao juiz o poder de adequação formal (artigo 547.º); sobre isto, importa dizer o seguinte:
 - O regime do processo de acompanhamento de maiores atribui, especificamente, poderes de gestão processual ao juiz do processo; assim, este juiz pode decidir sobre a publicidade a dar ao início e ao decurso do processo e à decisão final (artigo 153.º, n.º 1, CC; artigos 893.º, n.º 1, e 902.º, n.º 3), as comunicações e ordens a dirigir a instituições e entidades (artigos 894.º e 902.º, n.º 3), o meio de proceder à citação do beneficiário (artigo 895.º, n.º 1), a nomeação de um ou vários peritos (artigos 897.º, n.º 1, e 899.º, n.º 1) e ainda sobre o exame do beneficiário numa clínica da especialidade (artigo 899.º, n.º 2);
 - Fora deste casuísmo, o tribunal pode, nos termos gerais (artigos 6.º, n.º 1, e 547.º), adoptar, depois de ouvir as partes, qualquer medida de gestão processual que considere conveniente para a boa apreciação da causa.

IV. Princípio da imediação

1. Um dos princípios orientadores do processo especial de acompanhamento de maiores é o da imediação na avaliação da situação física ou psíquica do beneficiário, não só para se poder conhecer a real situação deste beneficiário, mas também para se poder ajuizar das medidas de acompanhamento mais adequadas a essa situação (artigo 898.º, n.º 1). Para este efeito, há sempre uma audiência pessoal e directa do beneficiário, mesmo que, para isso, o juiz tenha de se deslocar onde se encontre esse beneficiário (artigo 897.º, n.º 2; cf. artigo 139.º, n.º 1, cc).

2. A audiência pessoal e directa do beneficiário tem as seguintes particularidades:

- As questões são colocadas pelo juiz, com a assistência do requerente, dos representantes do beneficiário e dos peritos (artigo 898.º, n.º 2); visa-se que a imparcialidade do juiz seja transmitida à objectividade das perguntas;
- O juiz pode determinar que parte da audiência decorra apenas na presença do beneficiário (artigo 898.º, n.º 3); procura-se, certamente, que o beneficiário se sinta livre de quaisquer constrangimentos, nomeadamente porque o beneficiário pode querer falar de aspectos da sua vida privada ou do seu relacionamento, familiar ou social, com terceiros.

Nesta última situação, há que observar o seguinte:

- Se, além do beneficiário, também a outra parte estiver representada por advogado, estando excluído que o advogado desta parte possa participar da audiência, tem igualmente de estar excluída, com base num princípio de igualdade (artigo 4.º), a presença do advogado do beneficiário; onde não podem estar os advogados de ambas as partes, não pode estar o advogado de nenhuma delas;
- Se apenas o beneficiário estiver representado por advogado, cabe ao juiz indagar se este pretende ser ouvido também na ausência do seu advogado.

V. Características gerais

1. *a)* Ao processo especial de acompanhamento de maiores aplicam-se, com as necessárias adaptações, o disposto nos processos de jurisdição voluntária no que respeita aos poderes do juiz, ao critério de decisão e à alteração das decisões com fundamento em circunstâncias supervenientes (artigo 891.º, n.º 1). Esta regulamentação contém uma remissão para o regime dos processos de jurisdição voluntária nos seguintes aspectos:

- Poderes do juiz: o tribunal pode investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes; além disso, só são admitidas as provas que o juiz considere necessárias para a boa decisão da causa (artigo 986.º, n.º 2);
- Critério de decisão: nas providências a tomar, o tribunal deve adoptar, em cada caso, a solução que julgue mais conveniente e oportuna (artigo 987.º); isto significa que, nos processos de acompanhamento de maiores, o critério de decretamento da respectiva medida é a discricionariedade;
- Alteração das decisões: as resoluções podem ser alteradas, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, com fundamento em circunstâncias supervenientes que justifiquem a alteração; a superveniência pode ser objectiva ou resultar de ignorância da parte ou de outro motivo ponderoso que tenha conduzido à omissão da alegação (artigo 988.º, n.º 1).

Assim, das características gerais dos processos de jurisdição voluntária só não é aplicável aquela que determina que, nas resoluções proferidas segundo critérios de conveniência ou oportunidade, não é admissível recurso para o STJ (artigo 988.º, n.º 2). Em suma: o processo especial de acompanhamento de maiores é, em termos substanciais, um processo de jurisdição voluntária.

b) Formalmente, todavia, o processo de acompanhamento de maiores não pode ser considerado um processo de jurisdição voluntária, não só porque não se encontra inserido no Título XV do Livro V do Código de Processo Civil, mas também porque não há nenhuma disposição legal que o qualifique como tal. Este aspecto, embora formal, é muito relevante, porque implica, por exemplo, que a desnecessidade da constituição de advogado que consta do artigo 986.º, n.º 4, não é aplicável aos processos de acompanhamento de maiores. Dito pela positiva: a obrigatoriedade do patrocínio judiciário determina-se nos termos gerais estabelecidos no artigo 40.º, n.º 1.

2. Além de algumas características dos processos de jurisdição voluntária, o processo especial de acompanhamento de maiores caracteriza-se ainda pela circunstância de o juiz não estar vinculado à medida de acompanhamento requerida pelo requerente que instaurou o processo (artigo 145.º, n.º 2, CC). Esta solução justifica-se porque, além do mais, só durante o processo é possível determinar, com rigor, a medida de acompanhamento adequada para o beneficiário. Recorde-se que a medida de acompanhamento se deve restringir ao estritamente necessário (artigo 145.º, n.º 1, CC), pelo que o juiz não deve decretar nem uma medida que seja excessiva atendendo às necessidades do beneficiário, nem uma medida que seja insuficiente considerando essas mesmas necessidades.

Não estando o juiz vinculado à medida de acompanhamento requerida pelo requerente (artigo 145.º, n.º 2, CC), não há nenhum obstáculo a que esse requerente altere essa medida fora dos condicionalismos estabelecidos no artigo 265.º, n.º 2, para a alteração do pedido. A justificação é esta: a medida de acompanhamento, porque tem de ser adequada à situação real e efectiva do beneficiário, deve poder ser adaptada à situação desse beneficiário apurada no próprio processo de acompanhamento.

3. O processo de acompanhamento de maiores tem carácter urgente (artigo 891.º, n.º 1). Isto significa que,

nesse processo, os prazos não se suspendem durante as férias judiciais (artigo 138.º, n.º 1), que, mesmo durante a suspensão da instância, é possível praticar actos urgentes destinados a evitar danos irreparáveis (artigo 275.º, n.º 1) — como é o caso do decretamento de uma medida provisória e urgente (artigo 139.º, n.º 2, CC) — e ainda que o prazo para a interposição dos recursos é de 15 dias (artigos 638.º, n.º 1, e 677.º).

VI. Legitimidade *ad causam*

1. Segundo o disposto no artigo 141.º, n.º 1, CC, o acompanhamento pode ser requerido:

- Pelo próprio beneficiário; a esta situação há que equiparar aquela em que o beneficiário tenha representante legal (nomeadamente, progenitores ou tutor) ou mandatário com poderes de representação (cf. artigo 156.º, n.º 1, CC) e em que o acompanhamento seja requerido por esse representante ou mandatário do beneficiário em nome deste;
- Pelo cônjuge ou unido de facto do beneficiário ou por qualquer parente sucessível do beneficiário, desde que esteja autorizado por este; estando em causa interesses pessoais do beneficiário e importando salvaguardar a liberdade pessoal desse beneficiário, compreende-se que seja este, sempre que esteja em condições de o fazer, a ter de autorizar a instauração do processo;
- Pelo Ministério Público, no exercício da sua função de representação dos incapazes (cf. artigo 3.º, n.º 1, al. *a*), EMP).

2. Se a acção for proposta pelo beneficiário e se se concluir que este se encontra numa situação de incapacidade acidental, cabe ao juiz a designação de um curador provisório que vai representar em juízo esse beneficiário (artigo 17.º, n.º 1). A urgência que é exigida por este preceito está demonstrada

pela própria situação de incapacidade em que se encontra o requerente e, portanto, pela necessidade de decretar uma medida de acompanhamento.

3. *a)* A hipótese em que o acompanhamento é requerido pelo cônjuge ou unido de facto ou por um parente sucessível do beneficiário merece alguma atenção. Antes do mais, importa ter presente que a autorização concedida pelo beneficiário ao cônjuge, ao unido de facto ou ao parente sucessível nada tem a ver com uma autorização para o representar na acção. O cônjuge, o unido de facto e o parente sucessível não vão actuar como representantes, mas antes como partes, isto é, como requerentes do processo de acompanhamento de maiores. A situação não é, assim, de representação, mas de substituição processual voluntária: o beneficiário é a parte substituída e o cônjuge, o unido de facto ou o parente sucessível a parte substituta.

Sendo junta ao processo a autorização do beneficiário, cabe ao tribunal a importante tarefa de verificar se esse beneficiário está em condições de a conceder ao seu cônjuge ou unido de facto ou ao seu parente. Trata-se de um importante controlo que o tribunal deve realizar de forma tão minuciosa quanto possível, dado que não se pode partir do princípio nem de que o autorizante está em condições de conceder a autorização, nem de que esse autorizante, estando em condições de o fazer, quis efectivamente conceder a autorização. Os poderes inquisitórios que são atribuídos ao tribunal em matéria de facto e de prova pela remissão constante do artigo 891.º, n.º 1, para o regime dos processos de jurisdição voluntária podem ser aqui muito relevantes.

b) A autorização do cônjuge, do unido de facto ou do parente sucessível pode ser suprida pelo próprio tribunal ao qual é requerida a medida de acompanhamento (artigo 141.º, n.º 2, CC; artigo 892.º, n.º 2). O suprimimento da autorização deve ser concedido quando o beneficiário não a possa dar livre e conscientemente ou quando o tribunal considere que existe um fundamento atendível para o conceder (artigo 141.º, n.º

2, cc). Portanto, se o beneficiário não estiver em condições de dar a autorização ao seu cônjuge, unido de facto ou parente sucessível, qualquer destes pode requerer a medida de acompanhamento e requerer, ao mesmo tempo, o suprimento da autorização do beneficiário.

Isto significa que cabe sempre ao tribunal controlar se se justifica suprir a falta de autorização do beneficiário. Repete-se aqui o que acima se disse sobre o controlo da concessão da autorização: também o suprimento da falta de autorização do eventual beneficiário deve ser cuidadosamente ponderado pelo tribunal, dado que não é justificável partir do princípio nem de que a falta de autorização pelo eventual beneficiário não é justificada, nem de que este beneficiário não está sequer em condições de conceder a autorização.

c) De acordo com o parâmetro acima referido de que a autorização é concedida pelo beneficiário a uma parte (e não a um representante de uma parte), a falta de autorização implica a ilegitimidade do cônjuge, unido de facto ou parente sucessível, dado que lhe falta qualquer título para requerer a medida de acompanhamento. É pensável, no entanto, que esta falta de legitimidade seja sanável através da aplicação analógica do disposto no artigo 29.º para a falta de autorização concedida ao representante de incapaz ou de pessoa colectiva.

O suprimento da falta de autorização do beneficiário assegura a legitimidade do cônjuge, do unido de facto ou do parente sucessível para estar em juízo e requerer a medida de acompanhamento. Se o suprimento não for concedido, esse cônjuge, unido de facto ou parente é igualmente parte ilegítima.

4. Quando a acção for proposta pelo beneficiário ou por alguém em sua substituição, coloca-se o problema de saber quem deve ser o requerido nessa acção. A resposta só pode ser uma: o Ministério Público, como órgão a quem incumbe representar os incapazes (artigo 3.º, n.º 1, al. a), EMP), deve ser chamado a intervir no processo como parte principal (artigo 5.º, n.º 1, al. c), EMP).

5. Em qualquer processo de acompanhamento de maiores em que não intervenha como parte principal, o Ministério Público tem intervenção acessória (artigo 5.º, n.º 4, al. *a*), EMP).

VII. Articulados e citação

1. O processo especial de acompanhamento de maiores comporta dois articulados:

- O requerimento inicial (artigo 892.º);
- A resposta do citado (artigo 896.º).

Depois da entrega do requerimento inicial e antes da resposta do requerido, há que proceder à citação deste requerido (artigo 895.º).

2. No requerimento inicial deve, especificamente, o requerente:

- Alegar os factos que justificam a sua legitimidade e que fundamentam a medida de acompanhamento (artigo 892.º, n.º 1, al. *a*)); atendendo à remissão feita no artigo 891.º, n.º 1, para o regime dos processos de jurisdição voluntária, o tribunal não está vinculado aos factos alegados pela parte e pode investigar quaisquer factos que considere relevantes (artigo 986.º, n.º 2 1.ª parte);
- Requerer a medida ou medidas de acompanhamento que considere adequadas (artigo 892.º, n.º 1, al. *b*)); a medida de acompanhamento pode ser atípica ou ser alguma ou algumas das que estão enumeradas no artigo 145.º, n.º 2, CC; em qualquer caso, o tribunal não está vinculado à medida que seja pedida pelo requerente (artigo 145.º, n.º 2, CC) e o requerente pode vir a modificar essa medida;
- Indicar quem deve ser o acompanhante e, se for caso disso, a composição do conselho de família (artigo 892.º,

n.º 1, al. *c*)); o acompanhante pode ser escolhido pelo acompanhado ou pelo seu representante legal (artigo 143.º, n.º 1, CC) e, na falta de escolha, é a pessoa que melhor salvguarde o interesse do beneficiário (artigo 143.º, n.º 2, CC); o requerente pode solicitar que o tribunal dispense a constituição do conselho de família (artigo 145.º, n.º 4, CC);

- Indicar a publicidade a dar à decisão final (artigo 892.º, n.º 1, al. *d*));
- Juntar elementos que indiciem a situação clínica do beneficiário (artigo 892.º, n.º 1, al. *e*)); a prova não tem de ser concludente, mas tem, pelo menos, de indiciar o estado clínico do beneficiário.

3. Se o beneficiário for o requerido (cf. artigo 141.º, n.º 1, CC) — isto é, se a acção for proposta contra o beneficiário —, incumbe ao tribunal determinar o meio pelo qual se vai realizar a citação desse beneficiário (artigo 895.º, n.º 1). Se o beneficiário não estiver em condições de receber a citação e se o tribunal não tiver escolhido outra pessoa para a receber, aplica-se — estabelece o artigo 895.º, n.º 2 — o disposto no artigo 21.º.

Sobre este aspecto importa considerar, no entanto, o seguinte:

- O beneficiário não é citado nem quando a acção for proposta pelo próprio beneficiário (artigo 141.º, n.º 1, CC), nem quando essa acção for instaurada pelo cônjuge ou unido de facto ou por um parente sucessível em substituição desse beneficiário (artigo 141.º, n.º 1, CC);
- Sendo assim, o beneficiário só pode ser requerido quando a acção seja proposta pelo Ministério Público;
- Logo, a remissão que se encontra no artigo 895.º, n.º 2, tem de ser entendida como feita apenas para o artigo 21.º, n.º 2, ou seja, para a situação em que, porque o autor é o Ministério Público, a parte demandada — *in*

casu, o beneficiário — tem de ser representada por um defensor oficioso.

4. A resposta do beneficiário — bem como de qualquer outro requerido — deve ser apresentada no prazo de 10 dias (artigo 896.º, n.º 1). Este prazo é prorrogável nos termos gerais (artigo 569.º, n.º 4 a 6, aplicável *ex vi* do artigo 549.º, n.º 1).

Se não for apresentada nenhuma resposta, importa evitar, atendendo aos interesses envolvidos no processo de acompanhamento de maiores, a revelia do requerido, pelo que se aplica, como se determina no artigo 896.º, n.º 2, o estabelecido no artigo 21.º quanto à sub-representação do incapaz, o que implica que:

- O Ministério Público é citado para, querendo, apresentar a resposta (artigo 21.º, n.º 1);
- Se o Ministério Público for o requerente, a resposta incumbe a um defensor oficioso (artigo 21.º, n.º 2).

Do disposto no artigo 21.º, n.º 3, resulta que esta sub-representação não ocorre se o beneficiário tiver mandatário judicial constituído. Note-se a este propósito que, a não ser que esteja instituído um sistema de representação (pelos progenitores ou pelo tutor) do eventual beneficiário ou que este se encontre numa situação de incapacidade acidental, esse beneficiário tem capacidade para atribuir o mandato judicial ao advogado.

VIII. Instrução do processo

1. Dada a remissão constante do artigo 891.º, n.º 1, para o regime dos processos de jurisdição voluntária, o juiz pode coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes (artigo 986.º, n.º 2 1.ª parte). Segundo o disposto no artigo 897.º, n.º 1, o juiz pode ordenar as diligências probatórias que considere convenientes, podendo, designadamente, nomear um ou vários peritos. Estes poderes

inquisitórios sobre matéria de facto e sobre provas valem tanto para o processo de acompanhamento de maiores, como para qualquer dos seus incidentes.

2. *a)* Os meios de prova admissíveis são todos os meios de prova típicos (segundo o que se encontra regulado no Código Civil nos artigos 352.º (prova por confissão), 362.º (prova documental), 388.º (prova pericial), 390.º (prova por inspecção) e 392.º (prova testemunhal)). Em particular, atendendo ao que cabe ao tribunal apreciar no processo de acompanhamento de maiores, compreende-se que a prova pericial tenha uma especial relevância, como, aliás, decorre do disposto no artigo 139.º, n.º 1, CC e nos artigos 897.º, n.º 1, e 899.º, n.º 1.

O juiz pode mesmo autorizar uma prova pericial especial: o exame em clínica especializada, com internamento nunca superior a um mês e sob responsabilidade do director respectivo (artigo 899.º, n.º 2).

b) O regime do processo de acompanhamento de maiores comporta igualmente uma prova atípica: a audição pessoal e directa do beneficiário (artigos 897.º, n.º 1, e 898.º). Trata-se de um meio de prova que é obrigatório em qualquer processo de acompanhamento de maiores (artigo 139.º, n.º 1, CC; artigo 897.º, n.º 2), dado que, por razões facilmente compreensíveis, se pretende assegurar que o juiz tem conhecimento efectivo da real situação em que se encontra o beneficiário. Isto não impede, no entanto, que, se estiver comprovado no processo que essa audição pessoal e directa não é possível (porque, por exemplo, o beneficiário se encontra em coma), o juiz, fazendo uso dos seus poderes de gestão processual (artigo 6.º, n.º 1) e de adequação formal (artigo 547.º), não deva dispensar, por manifesta impossibilidade, a realização dessa mesma audição.

IX. Decisão do processo

1. A medida de acompanhamento de maior só é decretada se estiverem preenchidas duas condições:

- Uma condição positiva (orientada por um princípio de necessidade²): tem de haver justificação para decretar o acompanhamento do maior e, designadamente, uma das medidas enumeradas no artigo 145.º, n.º 2, CC³; isto significa que, na dúvida, não é decretada nenhuma medida de acompanhamento;
- Uma condição negativa (norteada por um princípio de subsidiariedade⁴): dado que a medida de acompanhamento é subsidiária perante os deveres gerais de cooperação e assistência (nomeadamente, de âmbito familiar) (artigo 140.º, n.º 2, CC), o tribunal não deve decretar aquela medida se estes deveres forem suficientes para acautelar as necessidades do maior.

2. Na sua decisão, o juiz deve designar o acompanhante e definir a medida ou medidas de acompanhamento adequadas (artigo 900.º, n.º 1):

- Segundo o estabelecido no artigo 143.º, n.º 2, CC, o acompanhante é escolhido pelo acompanhado ou pelo seu representante legal (como pode suceder, por exemplo, no caso do acompanhamento que é requerido quando o beneficiário ainda é menor: artigo 142.º CC), mas isso não impede que o juiz possa designar um acompanhante substituto ou mesmo vários acompanhantes (artigo 900.º, n.º 2);

² Cf. Miranda BARBOSA, *Maiores Acompanhados* (2018), 50 s.

³ Sobre os requisitos da medida de acompanhamento, cf. Miranda BARBOSA, *Maiores Acompanhados*, 52 ss.

⁴ Cf. Miranda BARBOSA, *Maiores Acompanhados*, 50 e 58.

- De acordo com o estatuído no artigo 145.º, n.º 2, CC, o juiz não está vinculado à medida de acompanhamento requerida pelo requerente; a medida deve limitar-se ao necessário (cf. artigo 145.º, n.º 1, CC) e estender-se ao adequado; quer isto dizer que o regime de acompanhamento de maiores se orienta por um princípio de aproveitamento de toda a capacidade de exercício e de gozo do acompanhado (que, aliás, se mantém, em princípio, para os direitos pessoais e os negócios da vida corrente do acompanhado: cf. artigo 147.º, n.º 1, CC)⁵.

Além disso, na decisão o juiz deve:

- Decidir a publicidade a dar à decisão (artigo 893.º, n.º 1) e a necessidade de proceder a comunicações a instituições financeiras e a outras entidades (artigo 902.º, n.º 3); talvez se possa acrescentar que, atendendo à protecção da vida privada, a publicidade da decisão se deve verificar apenas nos casos estritamente necessários;
- Determinar a dispensa ou não dispensa da constituição do conselho de família (artigo 145.º, n.º 4, CC) e, se não houver dispensa, proceder à sua constituição (artigo 900.º, n.º 2);
- Sempre que possível, fixar a data a partir da qual a medida de acompanhamento decretada se tornou conveniente (artigo 900.º, n.º 1);
- Informar sobre a existência de testamento vital ou de procuração para cuidados de saúde e acautelar o respeito pela vontade antecipadamente expressa pelo acompanhado quanto a estas matérias (artigo 900.º, n.º 3);
- Definir a periodicidade das visitas do acompanhante ao acompanhado (artigo 146.º, n.º 2, CC);

⁵ Cf. Miranda BARBOSA, *Maiores Acompanhados*, 65 ss.

- Autorizar, se for o caso, o internamento do maior (artigo 148.º, n.º 1, CC);
- Determinar, se igualmente for o caso, o domicílio legal do acompanhado (artigo 32.º, n.º 1, CC);
- Definir a periodicidade da revisão das medidas de acompanhamento (artigo 155.º CC); só em função do caso concreto é possível determinar a periodicidade que é adequada.

X. Recursos admissíveis

1. Da decisão proferida em 1.ª instância sobre a medida de acompanhamento cabe apelação (artigo 901.º). Segundo este mesmo preceito, têm legitimidade para interpor esse recurso:

- O requerente (vencido) da medida de acompanhamento;
- O acompanhado (vencido) e, como assistente, o acompanhante; isto significa que o acompanhante assume uma posição de parte acessória no recurso, auxiliando o acompanhado recorrente.

Os fundamentos mais comuns da apelação interposta de uma decisão de mérito são os seguintes:

- Ao contrário do que entendeu o tribunal de 1.ª instância, a medida de acompanhamento devia ter sido decretada, hipótese em que o recurso é interposto pelo requerente;
- Ao contrário do que considerou o tribunal de 1.ª instância, a medida de acompanhamento não devia ter sido decretada, caso em que o recurso é interposto pelo requerido;
- A medida de acompanhamento decretada pelo tribunal de 1.ª instância não é a mais adequada, hipótese em que o recurso pode ser interposto pelo requerente ou pelo requerido.

2. A remissão que consta do artigo 891.º, n.º 1, para o regime dos processos de jurisdição voluntária não abrange a irrecurribilidade das resoluções tomadas segundo critérios de conveniência ou oportunidade para o Supremo Tribunal de Justiça (cf. artigo 988.º, n.º 2). A circunstância de o artigo 891.º, n.º 1, não remeter para esta restrição à recorribilidade obsta a qualquer interpretação do disposto no artigo 901.º quanto à admissibilidade da apelação como significando, *a contrario sensu*, a inadmissibilidade da revista. Disto decorre que é admissível interpor, nos termos gerais, recurso de revista do acórdão da Relação proferido sobre a decisão da 1.ª instância, o que é, decerto, facilmente compreensível, dado que não se compreenderia que uma decisão relativa a aspectos fundamentais da liberdade pessoal não pudesse ser sindicada pelo Supremo.

É verdade que o critério de decretamento da medida de acompanhamento não é (certamente) normativo e que, portanto, ao contrário do que se exige no artigo 674.º, n.º 1, al. a), a revista não se pode fundamentar na violação de lei. O problema é comum às situações em que o critério de decisão é a equidade ou a discricionariedade e nas quais, apesar de não se poder falar de violação de lei pelo tribunal *a quo*, não se tem colocado nenhum obstáculo à interposição do recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça. Talvez não seja forçado falar, neste contexto, de um costume jurisprudencial.

Sendo admissível a interposição de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, resta aguardar que poderes sobre a decisão recorrida é que o Supremo vai atribuir a si próprio. Importa especialmente verificar se o Supremo reivindica para si próprio o poder de se substituir à decisão das instâncias ou se entende, como, aliás, é mais coerente com o sistema de controlo de decisões discricionárias, que apenas pode controlar a legalidade dessa decisão, isto é, os requisitos para o proferimento de uma decisão discricionária.

XI. Efeitos da decisão

1. A decisão transitada em julgado é comunicada oficiosamente aos serviços do registo civil para registo da medida de acompanhamento que tenha sido decretada (artigo 153.º, n.º 2, CC; artigo 902.º, n.º 2).

2. Depois do trânsito em julgado da decisão, o acompanhante pode requerer a anulação dos actos praticados pelo acompanhado após as comunicações que, nos termos do estabelecido no artigo 894.º, tenham sido realizadas pelo juiz a instituições e outras entidades (artigo 903.º). Trata-se de um regime específico para os actos praticados por estas instituições ou entidades que não prejudica o disposto no artigo 154.º, n.º 1, al. *b*), CC quanto à anulabilidade de actos praticados pelo acompanhado depois do anúncio do processo, mas antes do decretamento da providência⁶.

XII. Vicissitudes da instância

1. A instância relativa a um processo de acompanhamento de maior extingue-se pela morte do beneficiário (artigo 904.º, n.º 1). Trata-se de uma extinção por inutilidade superveniente da lide (cf. artigo 277.º, al. *e*)).

2. A instância relativa ao processo no qual tenha sido decretada a medida de acompanhamento pode renovar-se para os seguintes efeitos:

- Relacionamento de bens do acompanhado, a pedido do requerente, do acompanhado, do acompanhante ou do Ministério Público (artigo 902.º, n.º 1);

⁶ Sobre este regime, cf. Miranda BARBOSA, *Maiores Acompanhados*, 68 ss.

- Revisão ou levantamento da medida de acompanhamento, sempre que a evolução do beneficiário o justifique (artigo 904.º, n.º 2; cf. artigo 149.º, n.º 1, CC); quanto a isto importa considerar o seguinte:
 - O pedido de revisão ou de levantamento pode ser formulado pelo acompanhante, pelo seu cônjuge ou unido de facto, por um parente sucessível, pelo acompanhado ou pelo Ministério Público (artigo 149.º, n.º 3, CC); o cônjuge, o unido de facto e o parente sucessível devem obter a prévia autorização do acompanhado ou o suprimento desta autorização: é o que resulta da remissão efectuada pelo artigo 149.º, n.º 3, CC para o artigo 141.º, n.º 1, CC; em contrapartida, o acompanhante que não seja cônjuge, unido de facto ou parente sucessível e o Ministério Público não necessitam dessa autorização;
 - À revisão e ao levantamento da medida de acompanhamento aplica-se, com as necessárias adaptações, o procedimento respeitante ao decretamento da medida (artigo 904.º, n.º 3); isto significa, além do mais, que é obrigatória a audição pessoal e directa do maior acompanhado (cf. artigos 897.º, n.º 2, e 898.º).

3. Os efeitos da decisão de revisão ou de levantamento da medida de acompanhamento podem retroagir, por decisão do juiz, à data em que se verificou a cessação ou a modificação das causas que justificaram o decretamento da medida (artigo 149.º, n.º 2, CC). Esta retroactividade permite considerar válidos ou inválidos actos praticados pelo beneficiário antes da decisão de revisão ou de levantamento da medida de acompanhamento.

§ 3.º Capacidade judiciária do maior acompanhado

I. Aspectos gerais

1. Uma vez decretada a medida de acompanhamento de maior, este vê limitada a sua capacidade de exercício e, em certos casos, a sua capacidade de gozo. Consequentemente, a sua capacidade judiciária fica, no mesmo *quantum*, igualmente restringida, dado que a capacidade judiciária tem por base e por medida a capacidade de exercício para produzir os efeitos vantajosos ou desvantajosos que possam resultar da acção (artigo 15.º, n.º 2).

2. Os elementos relevantes para o efeito são os seguintes:

- Entre as medidas de acompanhamento típicas, há que considerar, em especial:
 - A representação geral ou especial do acompanhado (artigo 145.º, n.º 2, al. *b*), CC);
 - A administração, total ou parcial, de bens do acompanhado (artigo 145.º, n.º 2, al. *c*), CC);
 - A autorização prévia para a prática de determinados actos ou categorias de actos (artigo 145.º, n.º 2, al. *d*), CC);
- A representação legal segue o regime da tutela (artigo 145.º, n.º 4, CC);
- Os actos de disposição de bens imóveis carecem de autorização judicial prévia e específica (artigo 145.º, n.º 3, CC).

II. Regime processual

1. Transpondo o regime substantivo relativo ao acompanhamento de maiores para o campo processual, resulta o seguinte, quanto à propositura de uma acção:

- Se for proposta uma acção por um maior acompanhado sujeito a representação ou a administração de bens (cf. artigos 145.º, n.º 2, al. *b*) e *c*), CC), ele deve, em regra, ser representado nessa acção pelo acompanhante (cf. artigo 16.º, n.º 1); na hipótese de ter sido decretada a administração de bens, isso só sucede, no entanto, se a acção se referir a esses bens; a falta ou a irregularidade de representação é sanável nos termos estabelecidos no artigo 27.º, n.º 1 e 2, ou seja, através da intervenção ou citação do acompanhante e da ratificação ou da renovação por este dos actos praticados pelo maior acompanhado;
- Se for instaurada uma acção por um maior acompanhado quanto a actos sujeitos a autorização (cf. artigo 145.º, n.º 2, al. *d*), CC), esse acompanhado pode estar por si pessoal e livremente em juízo, embora necessite da autorização do acompanhante para a prática de actos em processo (artigo 19.º, n.º 1); em caso de divergência entre o maior acompanhado e o acompanhante, prevalece a orientação deste último (artigo 19.º, n.º 2); a falta de autorização do acompanhante para a propositura da acção pelo acompanhado é sanável através da aplicação extensiva do disposto no artigo 29.º, n.º 1 e 2, para a falta de autorização do representante: é fixado um prazo para o acompanhado obter a autorização do acompanhante, sob pena de o réu ser absolvido da instância (cf. artigos 577.º, al. *d*), e 278.º, n.º 1, al. *c*), que, aliás, se referem expressamente à falta de autorização da parte).

2. Relativamente à propositura de uma acção contra um maior acompanhado, o regime é o seguinte:

- Se for proposta uma acção contra um maior acompanhado sujeito a representação ou a administração de bens, ele deve, em regra, ser representado nessa acção pelo acompanhante (cf. artigo 16.º, n.º 1); na hipótese de ter sido decretada a administração de bens, a representação só ocorre, todavia, se a acção respeitar a esses bens; a

propositura da acção contra o maior acompanhado não impõe, neste caso, a citação desse maior (artigo 19.º, n.º 1, *a contrario*); a falta ou a irregularidade de representação é sanável segundo o estabelecido no artigo 27.º, n.º 1 e 2, isto é, através da intervenção ou citação do acompanhante e da ratificação ou repetição por este dos actos praticados pelo maior acompanhado;

- Se for proposta uma acção contra um maior acompanhado quanto a actos sujeitos a autorização do acompanhante, o acompanhado pode estar por si pessoal e livremente em juízo e deve ser citado para a acção (artigo 19.º, n.º 1), embora necessite da autorização do acompanhante para praticar quaisquer actos em juízo.

3. O artigo 145.º, n.º 4, CC estabelece que a representação legal do acompanhado segue, com as necessárias adaptações, o regime da tutela. Dado que, segundo o disposto no artigo 1938.º, n.º 1, al. *e*), CC, o tutor necessita de autorização (do tribunal de família) para intentar acções em nome do menor, salvo se a acção se destinar à cobrança de prestações periódicas ou se a propositura da acção puder causar prejuízo ao representado, pode perguntar-se se o acompanhante que exerce funções de representação legal do acompanhado tem igualmente de obter a prévia autorização do tribunal. A resposta tem de ser positiva.

Isto não significa, no entanto, que se considere desejável a equiparação do acompanhamento de maiores à tutela (e do acompanhante ao tutor). A solução decorre tão-somente da necessidade de proteger o património do acompanhado e de não criar antinomias normativas no sistema jurídico.

4. A propósito do artigo 145.º, n.º 3, CC cumpre fazer uma observação complementar. O preceito só se refere a bens imóveis, mas não está excluído que, através de uma interpretação extensiva, o mesmo deva valer para outras formas de riqueza, como, por exemplo, valores mobiliários e outros instrumentos financeiros.

III. Conflito de interesses

Se houver conflito de interesses entre o acompanhante e o acompanhado (porque, por exemplo, a acção respeita ao exercício de funções por aquele acompanhante), o acompanhado deve ser representado na acção por um curador especial (artigo 17.º, n.º 3). Recorde-se que, como, aliás, não podia deixar de suceder, o acompanhante se deve abster de agir em conflito de interesses com o acompanhado (artigo 150.º, n.º 1, cc)⁷.

§ 4.º Aplicação no tempo de aspectos processuais

I. Generalidades

A aplicação no tempo em matéria processual é regulada no artigo 26.º, n.º 1, 2, 3, 5 e 8, L 49/2018. São, essencialmente, dois os aspectos a considerar:

- A aplicação no tempo do novo regime processual sobre o acompanhamento de maiores (artigo 26.º, n.º 1, 2 e 3, L 49/2018);
- As consequências da conversão das antigas interdições e inabilitações (artigo 26.º, n.º 4 e 6, L 49/2018) para a autorização da prática de actos pessoais e para a revisão dos acompanhamentos resultantes dessa conversão (artigo 26.º, n.º 5 e 8, L 49/2018).

II. Aplicação do novo regime

1. O artigo 26.º, n.º 1, L 49/2018 estabelece que o novo regime é imediatamente aplicável aos processos de interdição

⁷ Cf. Miranda BARBOSA, *Maiores Acompanhados*, 61 s.

e inabilitação que se encontrem pendentes no momento da sua entrada em vigor. Não se trata de nada inédito, dado que a aplicação imediata de novas regulamentações legais em matéria de processo, apesar de não ser imperiosa, é bastante comum. No caso do novo regime de acompanhamento de maiores, dadas as razões subjacentes a este regime e a sua nova fisionomia, a aplicação imediata da nova regulamentação processual é não só compreensível, como até desejável.

2. A isto acresce que, como se dispõe no artigo 26.º, n.º 3, L 49/2018, aos actos do requerido se aplica a lei vigente no momento da sua prática. Pretendeu-se salvaguardar o requerido — que, normalmente, será o beneficiário — quanto aos actos já praticados e a praticar em processos pendentes, mas, de acordo com a regra *tempus regit actus*, há que entender que a aplicação imediata do novo regime vale para qualquer das partes.

Disto decorre, *grosso modo*, o seguinte:

- Aproveitam-se todos os actos praticados pelas partes em processos de interdição e de inabilitação que estejam pendentes no momento da entrada em vigor do novo regime de acompanhamento de maiores, mesmo que esses actos não tenham correspondência neste regime;
- Todos os actos a praticar, depois da entrada em vigor do regime do acompanhamento de maiores, em processos de interdição ou de inabilitação pendentes devem ser realizados de acordo com este regime; é o que sucede, por exemplo, com a citação do beneficiário (artigo 895.º).

3. A aplicação do novo regime processual às acções de interdição e de inabilitação que estejam pendentes implica ainda que:

- Ao contrário do que se dispõe no ainda vigente artigo 899.º, n.º 1, mesmo que a acção não tenha sido contestada, o juiz não pode decretar, de imediato, a medida de acompanhamento em função do que resultar do

interrogatório e do exame; este efeito cominatório não é compatível com o novo regime de acompanhamento de maiores e, em especial, com o controlo que se exige ao juiz sobre a necessidade e a adequação da medida a decretar;

- Ao contrário do que se estabelece no igualmente ainda vigente artigo 904.º, n.º 1, o requerente não pode pedir, em caso de falecimento do requerido, o prosseguimento da acção; este regime é incompatível com o estabelecido no novo artigo 904.º, n.º 1, quanto à extinção da instância após o falecimento do beneficiário.

4. A aplicação do novo regime de acompanhamento de maiores às acções de interdição e de inabilitação que se encontrem pendentes é imediata, mas não é automática. Tal como se estabelece no artigo 26.º, n.º 2, L 49/2018, o juiz deve utilizar os seus poderes de gestão processual (artigo 6.º, n.º 1) e de adequação formal (artigo 547.º) para proceder às adaptações necessárias nos processos pendentes. Quer dizer: o novo regime é de aplicação imediata às acções de interdição e de inabilitação, mas cabe ao juiz compatibilizar essa aplicação com o estado em que se encontrarem essas acções. Como é evidente, as adaptações necessárias são distintas de acção para acção, pelo que só é possível fornecer como orientação geral que se aproveita tudo o que tenha sido praticado nessas acções, sem se afastar que possa ser repetido algo que importe fazer de acordo com o novo regime.

III. Consequências da conversão

1. O artigo 26.º, n.º 4, 6 e 7, L 49/2018 converte as antigas interdições e inabilitações, respectivamente, em medida de acompanhamento com poderes gerais de representação do acompanhante e em medida de acompanhamento com poderes de autorização do acompanhante.

Estas conversões justificam as seguintes soluções ao nível processual:

- Dado que o acompanhamento de maiores não obsta, salvo disposição da lei ou decisão do tribunal, ao exercício pelo acompanhado de direitos pessoais (artigo 147.º, n.º 1, CC) — como, por exemplo, casar, perfilhar, adoptar ou testar (artigo 147.º, n.º 2, CC) —, permite-se que, depois da conversão da antiga interdição em medida de acompanhamento, seja requerida ao juiz autorização para a prática de actos pessoais (artigo 26.º, n.º 5, L 49/2018); esta possibilidade implica a renovação da instância do antigo processo de interdição, pois que é neste que deve ser apresentado o requerimento de autorização da prática de actos pessoais pelo maior acompanhado;
- Os acompanhamentos resultantes da conversão das antigas interdições e inabilitações podem ser revistos a requerimento do acompanhado, do acompanhante ou do Ministério Público, aplicando-se a esta revisão o novo regime processual (artigo 26.º, n.º 8, L 49/2018).

2. A conversão das antigas interdições e inabilitações em medidas de acompanhamento de maiores torna aplicável a estas o disposto no artigo 155.º CC quanto à obrigatoriedade da sua revisão periódica. Pode perguntar-se se isto significa que, no momento da entrada em vigor do regime de acompanhamento de maiores, todas as antigas interdições e inabilitações têm de ser, de imediato, revistas. A resposta talvez deva ser negativa com base no argumento que a seguir se expõe.

O artigo 297.º CC regula a aplicação da lei no tempo quanto a prazos: em concreto, o n.º 1 trata da situação em que a lei nova fixa um prazo mais curto do que o fixado na lei antiga e o n.º 2 refere-se à hipótese em que a lei nova alarga o prazo fixado pela lei antiga. Como se vê, o artigo 297.º CC nada estatui sobre a hipótese em que a lei antiga não estabelecia nenhum prazo e em que a lei nova fixa, pela primeira vez, um prazo para o exercício de um direito ou o cumprimento de um

dever. No entanto, parece ser possível aplicar extensivamente a esta hipótese o que se estabelece no artigo 297.º, n.º 1, CC para o encurtamento do prazo, dado que, onde antes não estava fixado nenhum prazo, passa a haver um prazo para o exercício do direito ou o cumprimento do dever. É precisamente o que sucede quanto ao novo regime de acompanhamento de maiores: o artigo 155.º CC fixa um prazo para proceder à revisão da medida de acompanhamento, mas antes não havia nenhum prazo para a revisão da interdição ou da inabilitação. De acordo com a solução proposta, o disposto no artigo 155.º CC é de aplicação imediata a todas as interdições e inabilitações convertidas nos termos do disposto no artigo 26.º, n.º 4 e 6, L 49/2018, mas o prazo nele estabelecido só se conta a partir da entrada em vigor do regime de acompanhamento de maiores.

A vantagem desta solução é evitar que, de um momento para o outro, todas as antigas interdições e inabilitações se encontrem em situação de terem de ser revistas, nomeadamente por iniciativa do Ministério Público. Segundo a solução proposta, essa revisão apenas tem de suceder até ao prazo de cinco anos após a entrada em vigor do novo regime do acompanhamento de maiores, dado que, atendendo ao disposto no artigo 155.º CC, esse é o prazo máximo para a revisão de qualquer medida de acompanhamento.

DAS INCAPACIDADES AO MAIOR ACOMPANHADO

BREVE APRESENTAÇÃO DA LEI N.º 49/2018¹

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. Introdução

O título que dou a esta minha intervenção pode, à partida, ser *enganador*, pois uma pessoa menos atenta a estes

DOI: 10.47907/livro/2022/Maior_Acompanhado/Cap04

¹ Texto apresentado no Colóquio da FDUC sobre “O Novo Regime do Maior Acompanhado”, que teve lugar no Colégio da Trindade, em 13 de Dezembro de 2018, bem como, já antes, no CEJ, em Lisboa, em 11 de Dezembro de 2018, em iniciativa idêntica destinada a analisar o novo regime jurídico consagrado pela Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto. O trabalho faz parte da Linha de Investigação “Contrato e Desenvolvimento Social” do Instituto Jurídico da FDUC, no âmbito do Projecto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito” (UID/DIR/04643/2013), de que o autor é investigador integrado, e é dedicado ao Doutor Raul Guichard, *In Memoriam*.

temas poderia julgar que tinham desaparecido, *de todo*, as incapacidades, as quais teriam sido *substituídas* por um novo regime, *o do maior acompanhado*. Mas não é assim, como é óbvio; este novo regime substitui, isso sim, tão-só e apenas, os institutos da *interdição* e da *inabilitação* e, por conseguinte, as incapacidades que resultavam da instauração, por um tribunal, daqueles institutos.

Mas nem isto é inteiramente rigoroso. É que, mesmo no novo regime, poderá haver situações que devam qualificar-se dogmaticamente como casos de *incapacidade de exercício de direitos*, ainda que só excepcionalmente e dependendo, em cada caso, da decisão do tribunal.

Vou, por isso, recordar, em termos breves, *o essencial* do regime *vigente* — vigente, disse bem, pois o novo regime do maior acompanhado só entrará em vigor em 11 de Fevereiro de 2019, ou seja, 180 dias após a publicação da Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, conforme dispõe o n.º 1 do artigo 25.º desta Lei —, vou recordar, dizia, a traço grosso, o essencial do regime vigente para o *confrontar* com o novo regime e analisar alguns aspectos deste, aqueles que melhor o caracterizem e identifiquem e maior relevo prático assumam.

Antes, porém, justifica-se uma breve nota sobre as razões imediatas da aprovação do novo regime jurídico do maior acompanhado e do quadro de direito comparado em vigor.

2. A Convenção de Nova Iorque

É claro que há *razões de fundo*, razões que estiveram presentes na tomada de posição de várias instâncias internacionais, no sentido de *valorizar os direitos das pessoas deficientes*, da sua *dignidade e autonomia*. Para lá dos avanços da ciência médica, também de um ponto de vista social foram vários os apelos — entre nós e por esse mundo fora — a uma nova compreensão dos problemas das pessoas com deficiências físicas ou mentais, ou com quaisquer outras limitações que afectem a sua

capacidade jurídica. Essa tomada de consciência deu corpo a um movimento internacional de peso.

A este respeito, impõe-se mencionar a *Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, adoptada pelas *Nações Unidas* em 30 de Março de 2007 (aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 7 de Maio, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de Julho), bem como o respectivo *Protocolo Adicional*, adoptado pelas *Nações Unidas* na mesma data de 30 de Março de 2007 (e aprovado pela Resolução da AR n.º 57/2009, tendo sido ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 72/2009, de 30 de Julho).

Neste contexto, já antes se destacara a Recomendação (99) 4, do Conselho da Europa, adoptada em 23 de Fevereiro de 1999, com a proclamação de alguns princípios aplicáveis à protecção de adultos incapazes, entre os quais os da *flexibilidade*, da *proporcionalidade*, da *subsidiariedade* e da *necessidade*, princípios esses que mais tarde a Convenção de Nova Iorque veio também acolher e sublinhar.

Efectivamente, logo no artigo 1.º a Convenção estabelece como seu objectivo o de “promover, proteger e garantir o pleno e igual gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”. Estabelece depois, no artigo 3.º, os princípios que norteiam a Convenção, à cabeça dos quais, precisamente, “o respeito pela dignidade inerente, e autonomia individual, incluindo a liberdade de fazerem as suas próprias escolhas, e independência das pessoas” (alínea *a*)).

É claro que a protecção da pessoa deficiente — adiante-se, desde já —, de acordo com a própria Convenção das *Nações Unidas*, vai *muito para além* das medidas a tomar no plano do regime das incapacidades instituído no Código Civil, impondo-se a adopção de medidas também no tocante à reabilitação, educação, saúde, acesso à informação, serviços públicos, etc., etc.

Compete-me a mim, porém, aqui e agora, debruçar-me, apenas, sobre as *alterações* operadas no Código Civil no regime das *incapacidades*. Ora, a esse respeito — observada esta ressalva —, importa destacar, ainda no tocante à Convenção de Nova Iorque, o seu artigo 12.º, com a epígrafe “Reconhecimento igual perante a lei”, com a seguinte redacção:

“1 — Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito ao reconhecimento perante a lei da sua personalidade jurídica em qualquer lugar.

2 — Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm capacidade jurídica, em condições de igualdade com as outras, em todos os aspectos da vida.

3 — Os Estados Partes tomam medidas apropriadas para providenciar acesso às pessoas com deficiência ao apoio que possam necessitar no exercício da sua capacidade jurídica.

4 — Os Estados Partes asseguram que todas as medidas que se relacionem com o exercício da capacidade jurídica fornecem as garantias apropriadas e efectivas para prevenir o abuso de acordo com o direito internacional dos direitos humanos. Tais garantias asseguram que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica em relação aos direitos, vontade e preferências da pessoa estão isentas de conflitos de interesse e influências indevidas, são proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa, aplicam-se no período de tempo mais curto possível e estão sujeitas a um controlo periódico por uma autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial. As garantias são proporcionais ao grau em que tais medidas afectam os direitos e interesses da pessoa.

5 — Sem prejuízo das disposições do presente artigo, os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas e efectivas para assegurar a igualdade de direitos das pessoas com deficiência em serem proprietárias e herdarem património, a controlarem os seus próprios assuntos financeiros e a terem igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e asseguram que as pessoas com deficiência não são, arbitrariamente, privadas do seu património”.

Este é o preceito que mais directamente tinha que ver com as alterações ao Código Civil, no respeitante aos institutos da interdição e da inabilitação. É claro que se poderia ter alterado *apenas o regime* instituído na lei, *mantendo* esses institutos; mas o legislador achou que seria melhor eliminar esses institutos, substituindo-os pela figura do “*maior acompanhado*”, tendo em conta o *estigma negativo* dos institutos da interdição e da inabilitação.

Para dar cumprimento às obrigações assumidas pelo Estado português, e em conformidade com o movimento de alterações legislativas entretanto desenvolvido no direito comparado — e também entre nós² —, várias *propostas* de alteração do regime das incapacidades foram surgindo. Tenho presente a que foi elaborada no âmbito do Centro do Direito da Família da Faculdade de Direito de Coimbra, bem como, no âmbito parlamentar, os Projectos de Lei n.ºs 61/XIII, 755/XIII e 796/XIII (pelo PSD e pelo CDS-PP), e a Proposta de Lei n.º 110/XIII, apresentada pelo Governo, a qual veio a culminar na Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, que iremos analisar.

Acrescente-se, a este respeito, que essa Proposta de Lei teve na sua raiz um articulado de António Menezes Cordeiro com a colaboração de mim próprio e de Miguel Teixeira de Sousa,

² Cfr., por exemplo, António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, *Pessoas*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, 489, s.; e, para maiores desenvolvimentos, Geraldo Rocha RIBEIRO, *A protecção do incapaz adulto no direito português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010; Paula Távora VÍTOR, *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008; e Rosa Cândido MARTINS, *Menoridade, (in) capacidade e cuidado parental*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008; em fase mais distante, já Raul Guichard ALVES, “Alguns aspectos do instituto da interdição”, *Direito e Justiça* 9/2 (1995) 131 s.; e Jorge Duarte PINHEIRO, “As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres”, *O Direito* 142/3 (2010) 465 s. Eu próprio me pronunciei nesse sentido: António Pinto MONTEIRO, “O Código Civil Português entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)* 146/4002 (2017) 148 s.

pedido pela Senhora Ministra da Justiça, Dra. Francisca Van Dunem, no âmbito das Comemorações do Cinquentenário do Código Civil Português — articulado esse que o texto legal seguiu, com algumas modificações —, e tomou em consideração o estudo de Menezes Cordeiro sobre o tema³.

Ainda relacionada, de algum modo, com esta temática, recorde a “Estratégia de Protecção ao Idoso”, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2015, de 25 de Agosto⁴.

3. O movimento de alterações legislativas no direito comparado

Convém dar agora nota, ainda que num registo muito breve, do *movimento de alterações legislativas no direito comparado*. Começamos pelo direito alemão.

Vigora, na Alemanha, o chamado “acompanhamento” (*rechtliche Betreuung*), através dos §§1896 a 1908k do BGB, introduzido pela reforma de 1990/1992.

Efectivamente, foi aprovada, em 12 de Setembro de 1990, a *Betreuungsgesetz*, a qual aboliu a interdição (*Entmündigung*) e substituiu a tutela (*Vormundschaft*) e a curatela (*Gebrechlichkeitspflegschaft*) pelo regime do acompanhamento (*Betreuung*).

Em França, a reforma operou através da Lei n.º 2007-308, de 5 de Março de 2007, constando dos artigos 425.º a 515.º do Código Napoleão.

Entre as várias medidas de protecção, o artigo 433.º consagrou a *sauvegarde de justice*, e os artigos 477 e seguintes o *mandat de protection future*.

A Itália, por sua vez, adoptou a Lei n.º 6/2004, de 9 de

³ *Da situação jurídica do maior acompanhado*, em curso de publicação na Revista *O Direito*.

⁴ No DR, 1.ª Série, n.º 165, de 25/08/2015.

Maio de 2004, tendo instituído a chamada *amministrazione di sostegno* (artigos 404.º a 413.º do *Codice Civile*).

Quanto a Espanha, por força da Convenção das Nações Unidas, o legislador abandonou o emprego do termo “incapacidade”, substituindo-o pelo de “*persona com capacidade judicialmente modificada*”, sendo de mencionar a Lei n.º 26/2011, de 1 de Agosto, o RD-Leg. 1/2013, de 29 de Novembro, e, por último, a Lei n.º 15/2015, de 2 de Julho.

Finalmente, o Brasil, pela Lei n.º 13.146, de 6 de Julho de 2015, instituiu a “Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)”, a qual alterou, entre outros diplomas, o Código Civil de 2002.

4. Ponto da situação das incapacidades de exercício em Portugal: menoridade, interdição e inabilitação

I. Fazemos agora, em termos muito breves, um sucinto retrato da situação (ainda vigente) entre nós.

Em síntese, a personalidade jurídica adquire-se no momento do nascimento completo e com vida, sendo-lhe inerente a capacidade jurídica ou capacidade de gozo de direitos (artigos 66.º e 67.º)⁵. Coisa diferente é a capacidade de exercício de direitos ou capacidade de agir, que só se adquire com a maioridade, aos 18 anos, ou com a emancipação, por via do casamento (artigos 122.º, 123.º, 130.º, 132.º e 133.º).

Assim, no regime jurídico em vigor, a menoridade é uma das fontes da incapacidade de exercício de direitos; mas há — ainda — mais duas fontes de incapacidade de exercício: a interdição e a inabilitação.

Estas duas últimas são aplicáveis a maiores, podendo embora, em certos casos, ser requeridas e decretadas dentro do ano anterior

⁵ Salvo indicação em contrário, pertencem ao Código Civil os preceitos legais que citemos sem indicação da sua proveniência.

à maioria, para produzirem os seus efeitos a partir do dia em que o menor se torne maior (artigos 138.º, n.º 2, e 156.º).

A lei estabelece os fundamentos da interdição e da inabilitação nos artigos 138.º, n.º 1, e 152.º, respectivamente. Há causas ou fundamentos comuns: a anomalia psíquica, a surdez-mudez e a cegueira; depende do *grau* de gravidade com que se manifestam essas deficiências.

Mas essas anomalias só justificam a interdição se, por força delas, quem as sofre *se mostre incapaz de governar sua pessoa e bens* (artigo 138.º, n.º 1); o mesmo se passa com a inabilitação, inclusive também perante os fundamentos específicos desta, uma vez que a habitual prodigalidade ou o abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes só permitem a inabilitação se, por força disso, as pessoas nessas condições *se mostrem incapazes de reger convenientemente o seu património* (artigo 152.º).

Por outro lado, tanto as interdições como as inabilitações são decretadas por *sentença judicial*, no termo de um processo que corre nos tribunais comuns (artigos 140.º e 156.º).

O interesse determinante destas medidas é *o interesse do incapaz*. É a fim de *o proteger* que o tribunal se decidirá pela interdição ou pela inabilitação (cfr., designadamente, artigo 1878.º, n.º 1, e 1935.º, n.º 1). Tratando-se de um menor ou de um interdito, é pelo instituto da *representação legal* que se supre a incapacidade, actuando o representante *em vez* do incapaz, *substituindo-o*, sem prejuízo das excepções que a lei prevê (artigos 127.º e 139.º). Incumbe ao poder paternal (hoje, responsabilidades parentais...) e à tutela o encargo de representação dos incapazes (artigos 124.º e 143.º).

Mas se se tratar de um inabilitado é pelo instituto da *assistência* que se supre a sua incapacidade, traduzida na necessidade de *consentimento ou autorização* para os actos de disposição de bens entre vivos e para todos os que, em atenção às circunstâncias de cada caso, forem especificados na sentença (artigo 153.º), sendo certo que a própria administração do património do inabilitado pode ser entregue pelo tribunal, no todo ou em parte, ao curador (artigo 154.º).

Finalmente, para concluir este breve retrato, resta dizer que tanto a interdição como a inabilitação podem ser levantadas cessando a causa que as haja determinado (artigo 151.º, 155.º e 156.º).

II. Em face do exposto, dir-se-á que, perante estes institutos, a *protecção* de uma pessoa maior que dela careça só pode conseguir-se *declarando-a incapaz*, por via da sua interdição ou inabilitação. Efectivamente, só *depois* de interdita ou inabilitada é que a pessoa *incapaz* encontra quem a *substitua* — tutor — ou quem a *acompanhe* — curador — na prática dos actos que lhe digam respeito. Ora, este é um dos maiores *inconvenientes* que apresenta o regime ainda em vigor. *Uma pessoa maior com deficiências deve poder ser ajudada sem que para isso tenha de perder a sua capacidade de exercício!*

Daí precisamente o apelo a que era urgente consagrar medidas que pudessem auxiliar as pessoas com deficiência, *mantendo estas a sua capacidade de exercício de direitos*. Neste sentido se manifestou, como dissemos, um forte movimento em todo o mundo, com destaque para a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e para as alterações legislativas em vários sistemas jurídicos, como a Alemanha, França, Itália, Espanha e Brasil, entre outros.

5. A nossa posição

I. Eu mesmo intervim nesse sentido, tendo apresentado publicamente a minha posição em termos que vale a pena hoje recordar⁶, pois os princípios e ideias que então defendi vejo-

⁶ Fi-lo no *Congresso Comemorativo do Cinquentenário do Código Civil*, que decorreu no Auditório da Faculdade de Direito de Coimbra, em 24 e 25 de Novembro de 2016. O texto foi publicado na *RLJ* 146/4002 citado *supra*, na nota 2 do presente trabalho.

os hoje acolhidos na reforma operada pela Lei n.º 49/2018. Recordar o que então disse serve de apresentação das *grandes linhas de orientação do regime jurídico do maior acompanhado*.

Na verdade, transcrevendo expressamente o que então defendi, disse ser favorável a um sistema de maior *flexibilidade*, que promovesse, na medida do possível, a *vontade* das pessoas com deficiência e a sua *autodeterminação*, que respeitasse, sempre, a sua *dignidade* e facilitasse a *revisão periódica* das medidas restritivas decretadas por *sentença judicial*.

Concretizando, disse concordar, em primeiro lugar, que, sempre que possível, devesse ser tomada em conta a *vontade* de quem vai ser sujeito a qualquer medida restritiva ou de apoio. Por maioria de razão, acrescentei concordar com o *mandato em previsão do acompanhamento ou da incapacidade*, isto é, com a possibilidade de qualquer pessoa *prevenir* uma eventual necessidade futura, indicando, desde logo, quem a *acompanhará ou a representará*, caso isso venha a verificar-se, e que *poderes* lhe atribui. Evidentemente, este mandato terá de ser devidamente disciplinado.

Achei também de muito interesse a consagração de uma medida semelhante àquela que o Brasil adoptou, relativa à “*tomada de decisão apoiada*”, permitindo à pessoa com deficiência, física ou mental, escolher alguém que pudesse apoiá-la nas decisões a tomar, fornecendo-lhe os elementos e informações necessários para esse efeito. É claro que também esta medida dependerá da aprovação do juiz competente.

II. Como se vê, todas estas medidas que advoguei pressupõem a *manutenção* da capacidade de exercício de direitos por parte da pessoa que a elas recorre. Trata-se de medidas de apoio a pessoa com deficiência assentes na sua *autodeterminação*.

“Proteger sem incapacitar” constitui, hoje, a palavra de ordem, de acordo com os princípios perfilhados pela referida

Convenção da ONU⁷ e em conformidade com a transição do modelo de *substituição* para o modelo de *acompanhamento* ou de *apoio* na tomada de decisão⁸. Há, assim, escrito — há já dois anos, uma *mudança de paradigma*, deixando a pessoa deficiente de ser vista como mero alvo de políticas assistencialistas e paternalistas, para se reforçar a sua qualidade de *sujeito de direitos*. Em vez da pergunta: “aquela pessoa possui capacidade mental para exercer a sua capacidade jurídica?”, deve perguntar-se: “quais os tipos de apoio necessários àquela pessoa para que exerça a sua capacidade jurídica?”⁹.

III. Em face do exposto, impunha-se uma *reforma* do Código Civil no campo das *incapacidades de exercício de direitos*, pois os institutos da interdição e da inabilitação não davam resposta satisfatória nem adequada a estas novas exigências e a este novo paradigma.

Havia que acolher aquelas *novas figuras* — continuo a seguir o meu texto de 2016 — que permitem *apoiar* pessoas com deficiência, *mantendo* elas a sua capacidade de exercício de direitos.

⁷ Antonio LEGERÉN MOLINA, “La tutela y la curatela como mecanismos de protección de la discapacidad”, in María E. ROVIRA SUEIRO / Antonio LEGERÉN MOLINA, *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas*, Aranzadi: Universidade da Corunha, 2016, 63 s., p. 213.

⁸ Cfr. Christian BALDUS, in *Nomos Kommentar BGB*, 3.ª ed., 2016, *Geschäftsfähigkeit und Betreuungsrecht*, p. 11 da respectiva separata; e cfr. também Daniel de Pádua ANDRADE, “Capacidade, apoio e autonomia da pessoa com deficiência”, in *A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*, Fabio Queiroz PEREIRA / Luísa Cristina de Carvalho MORAIS / Mariana Alves LARA, org., 2.ª ed., Belo Horizonte: D’Plácido Editora, 2016 135 s., 140 s.

⁹ Daniel de Pádua ANDRADE, “Capacidade, apoio e autonomia da pessoa com deficiência”, 140 s.; bem como Gustavo Pereira Leite RIBEIRO, *O Itinerário Legislativo do Estatuto da Pessoa com Deficiência*, na mesma obra, 59 s.; e Antonio LEGERÉN MOLINA, “La tutela y la curatela”, 64 s.

Quid iuris, todavia, naquelas situações em que *falte*, de todo, a vontade ou a capacidade para entender e querer, ou ela está *profundamente afectada*, em termos tais que a deficiência de que a pessoa sofre a *impossibilita* de governar a sua pessoa e bens, sem que esta situação haja sido prevenida em momento anterior (se isso tivesse sido possível) através do mandato em previsão da incapacidade?

Em situações destas, ainda que a título *excepcional*, deve continuar a recorrer-se ao instituto da *representação*, substituindo-se o incapaz, *no interesse deste*, pela actuação do tutor. Mas isso implica *abandonar* o regime da interdição, medida *radical e rígida*, substituindo-o por um regime *flexível*, que permita ao juiz, qual alfaiate, fazer um “*fato à medida*” do necessitado, *adequando* as medidas à situação concreta de cada pessoa...¹⁰.

No quadro entretanto eliminado, o instituto mais indicado, à partida, para responder a situações de *incapacidade* seria o da inabilitação, ainda que com modificações, pela *flexibilidade* que revelava e por funcionar aqui o regime da *assistência* para os actos de disposição de bens entre vivos, sendo certo que o tribunal goza aqui de uma ampla liberdade para *especificar* os actos que o inabilitado pode ou não praticar (artigos 153.º e 154.º).

IV. Dito isto, fica claro que não fugimos das palavras nem nos refugiamos numa atitude “politicamente correcta”, evitando utilizar o termo “incapacidade de exercício” para as pessoas nestas situações¹¹. Dissemo-lo há já dois anos e voltamos hoje a repeti-lo, em função do regime agora aprovado.

¹⁰ Assim, também Maria E. ROVIRA SUEIRO, “La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: su impacto em el ordenamento jurídico español”, in Maria E. ROVIRA SUEIRO/ Antonio LEGERÉN MOLINA, *Instrumentos de protección de la discapacidad*, 61-62.

¹¹ Em Espanha chama-se-lhes, recorde-se, “pessoa com capacidade judicialmente modificada” (!) — Maria E. ROVIRA SUEIRO, “La Convención de las Naciones Unidas”, 20.

É claro que não ignoramos as posições de quem *rejeita* a utilização deste regime pelas conotações *pejorativas* e pelo *estigma* que ele terá adquirido. Pelo nosso lado, contudo, sempre aprendemos e sempre ensinamos que, de acordo com a lei, as incapacidades visam *proteger o interesse do incapaz*. Por isso mesmo não há “incapacidades conjugais” (!), nem os poderes integrados no poder paternal ou na tutela são direitos subjectivos, antes poderes-deveres ou poderes funcionais, porque devem ser exercidos no *interesse do incapaz*¹². E acreditamos que os tribunais só determinarão a incapacidade de alguém quando essa for *a melhor solução* para proteger o interesse do incapaz.

Tão prejudicial seria eliminar por sistema a capacidade de tomar decisões de uma pessoa com deficiência como atribuir plena capacidade de exercício a quem de facto carece dela¹³. Como alguém disse, “deve-se respeitar a autonomia da pessoa com deficiência no alcance de suas possibilidades, mas também deve-se protegê-la na medida de suas vulnerabilidades”¹⁴. De acordo com a velha máxima aristotélica, recordemos, o igual deve ser tratado igualmente e o *desigual deve ser tratado desigualmente*¹⁵. É esse o sentido *material* do *princípio da igualdade*¹⁶.

¹² Por todos, cfr. Carlos Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, 178-179 e 227-228.

¹³ Assim, por exemplo, Maria E. ROVIRA SUEIRO, “La Convención de las Naciones Unidas”, 44, bem como Antonio LEGERÉN MOLINA, “La tutela y la curatela”, 65.

¹⁴ Gustavo Pereira Leite RIBEIRO, *O itinerário legislativo do Estatuto da Pessoa com Deficiência*, 83.

¹⁵ Assim também, por exemplo, Mariana Alves LARA / Fabio Queiroz PEREIRA, “Estatuto da Pessoa com Deficiência: Proteção ou Desproteção?”, in *A Teoria das Incapacidades*, 95 s., p. 122.

¹⁶ Por todos, A. Castanheira NEVES, “O instituto dos assentos e a função

V. Em suma e para concluir este ponto, de um modelo, do passado, *rígido e dualista, de tudo ou nada*, em que prepondera a *substituição*, deve partir-se para um modelo *flexível e humanista*, baseado em medidas adoptadas *casuisticamente* e periodicamente *revistas*, prioritariamente destinadas a *apoiar* quem delas necessite, mas sem prejuízo de elas poderem vir a suprir a *incapacidade* em situações excepcionais, sempre com respeito pelos princípios da *adequação*, da *proporcionalidade* e da *dignidade* da pessoa humana.

Foi com este espírito e exactamente nestes termos, que agora reproduzimos, que apontámos para a necessidade da *reforma* do regime das incapacidades.

E aqui manifestamos publicamente, hoje, o nosso *júbilo* pela *orientação e sobriedade* da reforma operada pela Lei n.º 49/2018, pelo *rigor técnico* observado e pelo *acolhimento destes princípios e valores, em prol das pessoas com deficiência, em termos realistas, sensatos e equilibrados*.

6. A Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto

I. Vejamos agora, em linhas gerais e em termos sucintos, os principais aspectos do *novo regime*, a entrar em vigor, como dissemos, em 11 de Fevereiro de 2019¹⁷.

À partida, importa realçar o alcance e importância desta reforma, provavelmente a maior reforma operada no Código Civil após a revisão pelo Decreto-Lei n.º 496/77, que adaptou

jurídica dos Supremos Tribunais”, separata da *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra Editora, 1983, 118-144.

¹⁷ Sobre a nova lei, está já publicado um texto de Mafalda Miranda BARBOSA, *Maiores Acompanhados. Primeiras Notas Depois da Aprovação da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto*, Coimbra: Gestlegal, 2018; temos igualmente conhecimento de um outro texto, ainda não publicado, de Paulo Mota PINTO, sobre *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado (Aprovado pela Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto)*.

o Código Civil à Constituição de 1976, e certamente a maior reforma na Parte Geral do Código Civil após a sua publicação em 25 de Novembro de 1966.

Uma segunda nota prévia a registar é que a reforma, no seu conjunto, respondeu *positivamente* às preocupações que manifestámos e aos princípios que advogámos publicamente, na nossa intervenção de há 2 anos¹⁸. Preocupações e princípios que eram partilhados pela generalidade da doutrina e jurisprudência.

E fê-lo de forma contida, dedicando ao novo regime do maior acompanhado precisamente os mesmos artigos 138.º a 156.º que disciplinavam os institutos da interdição e da inabilitação, institutos estes *eliminados* pela Lei em apreço.

II. Dito isto, a primeira pergunta é relativa à questão de saber *quem pode beneficiar* das medidas de acompanhamento. Responde o (novo) artigo 138.º, atribuindo esse benefício ao “maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres”. São, assim, de dois tipos, esses requisitos: por um lado, quanto à *causa*: razões de saúde, deficiência ou ligadas ao seu comportamento; e, por outro lado, quanto à *consequência*: a impossibilidade de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres.

Optou o legislador, como se vê, por uma formulação *ampla*, afastando-se claramente da posição *fechada* relativa aos fundamentos da interdição e da inabilitação. Um ponto muito importante que neste contexto importa sublinhar é o de que na actual formulação ampla que permite o recurso às medidas de acompanhamento *cabem as pessoas idosas elou doentes*.

¹⁸ Cfr. o nosso artigo publicado na *RLJ* citada *supra*, na nota 2.

III. E *quem* pode requerer tais medidas? *Quando*? A quem compete a *escolha e decisão*? E quem pode ser o/a *acompanhante*?

De acordo com o artigo 141.º, a própria pessoa que necessita de ser *acompanhada* pode requerer o acompanhamento, tal como o cônjuge, o unido de facto ou qualquer parente sucessível, *desde que autorizados pelo requerente* — salvo se o tribunal suprir a autorização do beneficiário —, bem como, independentemente de autorização, o Ministério Público.

Atente-se, logo aqui, para o respeito pela *vontade* do deficiente, o qual, diferentemente do que sucedia com interditos e inabilitados, não só *pode requerer* o acompanhamento como lhe compete, em princípio, *autorizar* outras pessoas a fazê-lo.

O acompanhamento destina-se a maiores — pois os menores estão protegidos pela sua incapacidade — mas, tal como já sucedia anteriormente, pode ser requerido e instaurado dentro do ano anterior à maioridade, para produzir efeitos a partir desta (arts. 142.º e 131.º).

Tal como também já sucedia anteriormente, com a interdição e a inabilitação, é o *tribunal* que decide se há lugar ou não ao regime do acompanhamento; mas agora manda a lei que o tribunal deva *ouvir* primeiro, pessoal e directamente, o beneficiário, competindo ao tribunal, por outro lado, *definir as medidas adequadas a cada situação concreta*, o que bem o distancia da situação de *incapacidade geral* em que ficavam os interditos, que a lei *equiparava aos menores* (cfr. o artigo 139.º, na anterior e actual redacção). Note-se, de novo, a preocupação pela *vontade* do deficiente e pela sua *autodeterminação*.

Quanto à questão de saber quem pode ser o/a *acompanhante*, o n.º 1 do artigo 143.º determina que o acompanhante é escolhido pelo acompanhado ou pelo seu representante legal. Duas observações, a este respeito: a primeira é, mais uma vez, para a preocupação de *respeito pela vontade do acompanhado*; a segunda é para comprovar que, *excepcionalmente*, nos chamados *hard cases*, pode vigorar o instituto da *representação* em situações de verdadeira *incapacidade de exercício*. Em

qualquer caso, o acompanhante é designado pelo tribunal, a quem compete, nomeadamente, essa responsabilidade.

Na falta de escolha, o n.º 2 do mesmo preceito apresenta uma lista de pessoas que podem ser designadas como acompanhantes, segundo o critério de quem “*melhor salvasse o interesse imperioso do beneficiário*”.

IV. Efectivamente, este é o *objectivo* do acompanhamento do maior, destinado *a assegurar o bem-estar deste, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres*. Mas há situações em que isso, infelizmente, não será possível; daí as *excepções* para que a lei remete, assim como há situações que *afastam* o acompanhamento quando o *objectivo* deste já se mostre garantido através dos deveres gerais de cooperação e de assistência que no caso caibam (como os dos cônjuges, por exemplo), tratando-se, pois, de uma *medida supletiva* (artigo 140.º).

Essa preocupação pelo bem-estar e recuperação do acompanhado está também presente nos deveres de *cuidado e diligência* que, na “concreta situação”, o acompanhante deve respeitar (artigo 146.º). Atente-se na referência permanente à *situação concreta* de cada deficiente, *adequando* as medidas a adoptar a cada caso concreto, bem longe da incapacidade geral do regime dos interditos.

Mas em que *consiste* ou se *traduz* o acompanhamento? É fundamental, a este respeito, atender ao disposto no artigo 145.º, norma que evidencia bem as *vantagens* deste novo regime¹⁹, em confronto com o regime anterior: o regime do acompanhamento goza de maior *flexibilidade* — rejeita o tudo ou nada da interdição —, respeita, sempre que possível, a *vontade* do beneficiário e a sua *autodeterminação*, limita-se ao *necessário* e permite ao tribunal *escolher e adequar*, em cada situação *concreta*, as medidas que

¹⁹ Cfr., *supra*, n.º 5 deste texto.

melhor possam contribuir para alcançar o seu *objectivo*, que é, repete-se, o de assegurar o bem-estar, a recuperação e o pleno exercício da sua capacidade de agir.

Mas tudo isto sem cair na posição *irrealista* de ignorar os *hard cases*, ou seja, aquelas situações de absoluta *incapacidade* do necessitado, pelo que, sem deixar o acompanhamento de ser hoje um modelo de *apoio e de assistência*, não pode deixar de transigir — em casos-limite e excepcionalmente — com medidas de *substituição*: daí o recurso, entre as medidas que o tribunal pode escolher para melhor talhar o “*fato à medida*”, ao instituto da *representação legal* (artigo 145.º).

Sempre “em função de cada caso”, pode o tribunal sujeitar o acompanhante a algum ou alguns dos regimes seguintes: exercício das responsabilidades parentais ou dos meios de as suprir; representação geral ou representação especial; administração total ou parcial de bens; autorização prévia para a prática de determinados actos ou categorias de actos; intervenções de outro tipo, devidamente explicitadas. Registe-se a imperatividade da disposição que determina a necessidade de autorização judicial prévia e específica para os actos de disposição de bens imóveis (n.º 3 do citado artigo 145.º).

Decorre, pois, do exposto, em conformidade com o artigo 145.º, que o acompanhamento pode envolver uma *representação legal*, como havíamos dito, assim como pode implicar o recurso à *assistência*, mediante a autorização do acompanhante para a prática de certos actos, ou consistir num mero *apoio* deste à actuação do acompanhado, como sucede nas situações contempladas na alínea *e*) do n.º 2 deste artigo 145.º.

V. A respeito dos actos do maior acompanhado, vale a pena determo-nos aqui um pouco, pela relevância prática do tema.

Começamos pelos actos que o acompanhado pode, em princípio, praticar *livremente*, que são os *negócios da vida corrente* e o exercício dos *direitos pessoais*, designadamente

os direitos de casar, de procriar, de perfilhar, de adoptar, de cuidar e de educar os filhos, etc. (artigo 147.º).

Quanto ao internamento do maior acompanhado, prevê a lei que o mesmo depende de “autorização expressa do tribunal”, podendo embora, em caso de urgência, ser imediatamente solicitado pelo acompanhante, sujeitando-se, neste caso, à ratificação do juiz (artigo 148.º). Embora a letra da lei não o diga, parece-nos que deve entender-se que a norma abrange tanto o internamento por *razões de saúde*, num hospital ou clínica particular, como o internamento num *lar*.

E, pergunta-se, quanto aos demais actos do maior acompanhado? *Quid iuris* se ele celebrar um qualquer negócio *sem respeito pelas medidas de acompanhamento decretadas ou a decretar*? Tal como anteriormente, há aqui que distinguir três situações. Tais actos são *anuláveis*, sem mais, se forem praticados *após o registo do acompanhamento* (artigo 154.º, n.º 1, al. a)); são também *anuláveis* os que forem praticados depois de anunciado o início do processo, mas só se o acompanhamento *vier a ser instaurado* e se tais actos forem *prejudiciais* ao acompanhado — a este respeito, pelas mesmas razões que já anteriormente subscrevíamos, o requisito do prejuízo deve reportar-se *ao momento da prática do acto* e não ao momento da decisão²⁰ (alínea b) do n.º 1 do mesmo artigo); finalmente, quanto aos actos *anteriores* ao anúncio do início do processo, aplica-se o regime da *incapacidade acidental* (artigo 154.º, n.º 3) .

Importa ter em consideração, para este efeito, que as decisões judiciais de acompanhamento devem ser officiosamente comunicadas à repartição do registo civil competente a fim de serem registadas (artigo 192.º-B), não podendo tais decisões ser invocadas contra terceiros de boa fé enquanto não estiverem registadas (artigo 192.º-C), por força da remissão operada pelo artigo 153.º, n.º 2, pese embora as *cautelas* com que o n.º 1 desta

²⁰ Cfr. Carlos Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 238.

norma rodeia a *publicidade* a dar ao início, ao decurso e à decisão final do processo, limitando-as ao “estritamente necessário para defender os interesse do beneficiário ou de terceiros”.

Finalmente, sendo aqueles actos anuláveis, nos termos referidos, põe-se o problema de saber se se aplica o *regime geral* (artigo 287.º), ou, ao contrário, como sucedia com as interdições e as inabilitações, a que se aplicava, em certos casos, o regime especial da menoridade (artigo 125.º). A lei manda atender ao prazo *a partir do qual* se deve intentar a acção de anulação, que só começa a contar-se a partir do registo da sentença (n.º 2 do artigo 154.º).

VI. Por último, prevê a lei que o acompanhamento *cesse* ou se *modifique* mediante decisão judicial que reconheça a cessação ou a modificação das causas que o justificaram (artigo 149.º, n.º 1), sendo certo que, enquanto estiver instaurado, o tribunal deve rever as medidas decretadas, periodicamente, em conformidade com o que constar da sentença, mas, no mínimo, de cinco em cinco anos (artigo 155.º).

7. Conclusão

Vou concluir. Sempre em termos breves, apresentei as *razões* por que era necessário *alterar* o Código Civil no tocante aos institutos da *interdição* e da *inabilitação* e dei conta do movimento internacional a tal respeito, com destaque para a *Convenção de Nova Iorque*.

Percorri, de seguida, a Lei n.º 49/2018, que veio *eliminar* aqueles institutos e consagrar o regime jurídico do *maior acompanhado*, analisando os principais aspectos deste novo regime.

Trata-se, evidentemente, de uma primeira leitura, que carece, ainda, de aprofundamento e reflexão. Mas o balanço da Lei é *francamente positivo*. Claro que pode apontar-se-lhe alguma *indeterminação* em vários aspectos e até alguma *insuficiência* no tocante, por exemplo, ao regime da anulabilidade dos actos do

acompanhado que não observem as medidas de acompanhamento decretadas ou a decretar, “maxime” quanto à *legitimidade* para pedir a anulação e quanto ao *prazo* para esse efeito. A questão estava facilitada, no regime anterior, pela *remissão* operada para o artigo 125.º, sobre os actos do menor. Hoje, porém, no *silêncio* da lei nova, pode suscitar-se a dúvida de saber se é de aplicar aos actos do acompanhado que sejam anuláveis o regime geral do artigo 287.º ou, por analogia, ainda que com adaptações, o regime especial do artigo 125.º. É um bom *desafio* para o intérprete e a ele voltaremos mais tarde, com maior vagar!

Seja como for, a Lei n.º 49/2018 veio dar resposta *positiva* às preocupações que se faziam sentir no campo das incapacidades das pessoas com deficiência, com a consagração deste novo regime jurídico do *maior acompanhado*. A Lei acolheu a *mudança de paradigma* já há muito anunciada, *afastando-se* do modelo de tomada de decisões por *substituição* e abraçando o modelo do *acompanhamento*, pela tomada de decisões com recurso à *assistência e apoio*. “*Proteger sem incapacitar*”, recorde-se, é a palavra de ordem do novo modelo. Mas fê-lo com *realismo*, permitindo o recurso à *representação* legal quando, excepcionalmente, não houver alternativa *credível*, no *interesse do necessitado* e por *decisão judicial*.

Temos hoje, pois, em vez do modelo do passado, *rígido e dualista*, de *tudo ou nada*, de *substituição*, temos hoje, dizia, um regime que segue um modelo *flexível e monista*, de *acompanhamento ou apoio*, *casuístico e reversível*, que respeita na medida do possível a *vontade* das pessoas e o seu poder de *autodeterminação*.

É claro que o sucesso, na prática, deste novo modelo vai depender, em grande medida, dos tribunais, pela *responsabilidade acrescida* que o novo regime lhes atribui, na *definição* — e *revisão* — *das medidas adequadas a cada deficiente, a cada situação!*

É esta mais uma tarefa que a lei confia aos tribunais, *no desempenho da nobre missão de servir a vida!*

VALOR JURÍDICO DOS ATOS DO MAIOR ACOMPANHADO

PAULO MOTA PINTO

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. Introdução e enquadramento

O novo regime do maior acompanhado foi aprovado pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, que alterou a Parte Geral — alteração que só não é a mais recente alteração ao Código Civil, porque depois dela foi também alterado o regime do direito preferência do arrendatário, previsto no artigo 1091.º do Código Civil, Lei n.º 64/2018, de 29 de outubro. A Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, está com uma *vacatio legis* de 180 dias, e, por isso, entra em vigor no próximo 11 de fevereiro de 2019. Esta é a alteração *mais profunda* realizada na Parte Geral do Código Civil desde a aprovação deste, em 1966, tendo visado eliminar a previsão de uma *incapacidade geral* dos interditos e dos inabilitados, adaptando o direito português à Convenção da Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adoptada pelas Nações Unidas em 30 de março

de 2007¹. Em especial, o n.º 2 do artigo 12.º da Convenção, afirmando que as pessoas com deficiências têm capacidade jurídica, em condições de igualdade com as outras, em todos os aspectos da vida, obrigava, segundo o entendimento quase unânime da Convenção, à alteração do regime jurídico das incapacidades, pois este retirava como regra a capacidade de agir, ou capacidade de exercício de direitos, aos interditos e inabilitados, por exemplo por surdez-mudez ou cegueira ou por anomalia psíquica. Pelo contrário, entendia-se por “capacidade jurídica”, para efeitos da Convenção, não apenas a chamada capacidade de gozo de direitos (que é em sentido técnico a capacidade jurídica), mas também esta capacidade de agir ou capacidade de exercício de direitos.

Por esta razão, surgiram *várias propostas* de alteração do regime das incapacidades, aliás já em conformidade com propostas também feitas na doutrina², tendo uma delas sido elaborada no âmbito do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. No âmbito parlamentar, foram apresentados os Projetos de Lei n.ºs 61/XIII, 755/XIII e 796/ XIII (pelo PSD e pelo CDS-PP), e a *Proposta de Lei n.º 110/XIII, apresentada pelo Governo*, vindo esta a culminar na Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto.

A Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, *suprimiu os institutos da interdição e da inabilitação*, e substituiu-os pelo instituto do “maior acompanhado”, ou do acompanhamento de adulto, maior de idade. Em conformidade, foram introduzidas *alterações sistemáticas*, no subtítulo sobre a pessoas singulares.

¹ Aprovada pelas Resoluções da Assembleia da República n.ºs 56/2009 e 57/2009 (esta sobre o respectivo Protocolo Opcional), e ratificada pelos Decretos do Presidente da República n.ºs 71/2009 e 72/2009.

² V., designadamente, Rosa Cândido MARTINS, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008; e Geraldo Rocha RIBEIRO, *A protecção do incapaz adulto no direito português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

A Subsecção III da Secção V do Subtítulo sobre Pessoas Singulares da Parte Geral (artigos 138.º a 156.º³) passou a designar-se “Maiores acompanhados”. E, como se pretendeu também evitar a qualificação da situação destes como sendo a de incapazes em geral — para a substituir pela de apoio, com acompanhamento, a cidadãos cuja capacidade apenas é limitada na medida do necessário para sua proteção —, também a própria Secção V, que antes se intitulava “Incapacidades”, passou a intitular-se “Menores e maiores acompanhados”.

Em si, parece que nada teria impedido a preservação das designações “*interdito*” ou “*inabilitado*”, podendo apenas ter-se alterado o estatuto jurídico a elas ligado para o adaptar à Convenção de Nova Iorque, limitando as restrições à capacidade apenas ao necessário para proteção dessas pessoas, e atribuindo a essas situações o significado de necessidade de acompanhamento. O legislador quis, porém, frisar *logo ao nível da designação* que não existe pela instituição do acompanhamento uma *alteração geral de status* — uma *incapacidade geral* —, como aquela que estava anteriormente ligada à designação “*interdito*” e “*inabilitado*”, designações que, pelo seu uso, tinham também já um certo valor estigmatizante. Por isso, substituiu a designação do instituto pela de “maior acompanhado”, fundindo neste a inabilitação e a interdição. Essa designação, se permite veicular que as medidas instituídas são apenas de acompanhamento, e no interesse do maior, não permite, porém, desde logo perceber que pode também continuar a existir — e que normalmente existirá — uma *limitação da capacidade* de exercício de direitos do maior acompanhado, como veremos.

³ Na falta de indicação diversa, os artigos doravante citados são do Código Civil de 1966, na redação dada pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto.

Apenas trataremos dos aspetos de direito material, regulados no Código Civil⁴, relativos ao valor dos atos do maior acompanhado, e sem proceder à análise dos *pressupostos do acompanhamento* e do procedimento para a sua instituição, para passar já a tratar do âmbito de necessidade de acompanhamento para a prática de atos.

2. Âmbito do acompanhamento

Em correspondência com o princípio da *proporcionalidade das medidas de acompanhamento*, em função do âmbito da impossibilidade de cumprimento dos deveres e de exercício dos direitos, o artigo 145.º, n.º 1, prevê que o âmbito do acompanhamento *se limita ao necessário* — isto é, àquilo que for indispensável para assegurar o cumprimento dos deveres e o exercício dos direitos da pessoa acompanhada, e para *assegurar o seu bem-estar e recuperação*. Trata-se de responder plenamente à exigência da proporcionalidade na limitação

⁴ Além do Código Civil, a Lei n.º 49/2018 alterou vários outros diplomas, para os adaptar à eliminação dos institutos da interdição e inabilitação ou para melhor proteger o maior acompanhado. Assim, foram, entre outros, alterados: a Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, no artigo 2.º, sobre o termo da união de facto (pela situação de acompanhamento de maior, se assim se estabelecer na sentença que a haja decretado, salvo se posterior ao início da união); a Lei da Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho), artigo 6.º, para prever que as técnicas aí reguladas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e desde que não exista uma sentença de acompanhamento que vede o recurso a tais técnicas; a Lei n.º 25/2012, de 16 de julho, que regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital, para as adaptar à nova figura do maior acompanhado; o Código de Processo Penal, para eliminar a referência a interditos por anomalia psíquica a propósito da capacidade para testemunhar (artigo 131.º, n.º 1); o Código das Sociedades Comerciais e o Código Comercial, também para eliminar as referências a interditos e inabilitados.

de um direito fundamental tão importante como o direito à capacidade civil (artigo 26.º, n.º 1, da Constituição)⁵.

Em função de cada caso, tendo em conta, portanto, o âmbito da incapacidade natural da pessoa acompanhada para plena, pessoal e conscientemente exercer os seus direitos e cumprir os seus deveres, o tribunal pode cometer ou atribuir ao acompanhante algum dos regimes seguintes: *exercício das responsabilidades parentais*, ou dos meios de as suprir, conforme as circunstâncias; *representação geral* ou *representação especial* para certos atos, indicando expressamente, neste caso, as categorias de atos para que seja necessária; *administração total* ou *parcial de bens*; *autorização prévia* para a prática de determinados atos ou categorias de atos; ou *intervenções de outro tipo*, devidamente explicitadas.

Em lugar de se prever uma *incapacidade geral* suprida pela *representação* legal — como acontecia para o interdito —, ou uma incapacidade para prática de atos de disposição de bens entre vivos suprida pela assistência — como acontecia em regra para o inabilitado —, o âmbito *do acompanhamento* passa, pois, a ser *variável* em função das *especificidades do caso concreto*.

Esta solução será mais respeitadora do princípio da *proporcionalidade*, e também do artigo 12.º da Convenção de Nova Iorque. No entanto, é *menos segura*, e poderá dificultar a *previsão* e o *conhecimento por terceiros* do âmbito e da forma do acompanhamento a que o acompanhado está sujeito, já que não existe um regime-regra ou mesmo só tipicidade da forma de suprimento da situação da pessoa acompanhada.

Quando for instituída, a representação legal segue o regime da tutela, com as adaptações necessárias, podendo

⁵ V., no direito alemão, salientando a necessidade de respeito pela proibição do excesso na restrição da capacidade civil, já Claus-Wilhelm CANARIS, “Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermassverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht”, *Juristenzeitung* (1987) 993-1004.

o tribunal dispensar a constituição do conselho de família, e à administração total ou parcial de bens aplica-se, com as adaptações necessárias, o disposto nos artigos 1967.º e seguintes. Mas o legislador precisou, no artigo 145.º, n.º 3, que os atos de *disposição de bens imóveis* carecem (pelo menos) de autorização judicial prévia e específica. Disposição que apenas terá, portanto, utilidade para o caso de os atos serem celebrados com assistência pelo acompanhado, pois quando sejam celebrados pelo próprio representante legal a necessidade de autorização judicial resultará já do artigo 1889.º, n.º 1 (e do artigo 1935.º, n.º 1) do Código Civil.

No artigo 147.º prevêm-se *exceções* ao âmbito do acompanhamento. Vejamos melhor essas exceções.

Salvo disposição especial da lei ou decisão judicial em contrário, é livre a celebração de *negócios da vida corrente*. Estes “negócios da vida corrente” não são mais precisamente determinados pela lei — não se exigindo, por exemplo, que apenas envolvam despesas ou disposições de bens de pequena importância, nem que sejam atos que em concreto estejam ao alcance da capacidade natural do acompanhado, ao contrário do que se prevê para os menores no artigo 127.º, n.º 1, alínea *b*)⁶.

Se entendermos — como parece que deverá entender-se — como “negócios da vida corrente” aqueles que o acompanhado pratica normalmente, na sua vida, que não são neste sentido extraordinários, não pode, porém, excluir-se que um acompanhado (por exemplo, um profissional) celebre na

⁶ No direito alemão, foi introduzido em 2002 no BGB um novo § 105a, que abriu a possibilidade de incapazes maiores praticarem negócios da vida corrente (“Geschäfte des täglichen Lebens”), com disposições de bens de pequena importância. Quis-se assim prever um tratamento diferenciado, designadamente, das situações de deficiência mental, tendo em conta a capacidade natural de cada pessoa, fazendo o estatuto jurídico corresponder a essa capacidade natural. Criticamente, v., porém, Matthias CASPER, “Geschäfte des täglichen Lebens — kritische Anmerkungen zum neuen § 105a BGB”, *Neue Juristische Wochenschrift* (2002) 3425-3430.

sua vida corrente negócios que *não impliquem apenas despesas ou disposições de bens de pequena importância*. Pelo que, ou a *decisão judicial* os proíbe especificamente, ou o acompanhado estará, neste ponto, *menos protegido* do que o menor.

Diversa parece ser a situação quanto à relação entre “negócios da vida corrente” e a *capacidade natural* do acompanhado. Podem existir, é certo, negócios ao alcance da capacidade natural do acompanhado que não sejam “negócios da vida corrente” (por exemplo, a aquisição de um automóvel, ou de um imóvel). E neste caso, se estiverem incluídos no âmbito do acompanhamento decretado pela sentença, o acompanhado não poderá praticá-los, pois não estão excetuados pela lei. Já se o negócio não está ao alcance da capacidade natural do acompanhado, dificilmente poderá ser considerado um “negócio da vida corrente”, podendo utilizar-se a apreciação dessa capacidade natural na determinação deste último conceito.

Já quanto aos atos de exercício de direitos *pessoais* — que são livres salvo disposição especial da lei ou decisão judicial —, incluem, entre outros, os direitos de casar ou de constituir situações de união, de procriar, de perfilhar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar (artigo 147.º, n.º 2). Há, é certo, outros atos de exercício de direitos pessoais, além dos elencados exemplificativamente, como as limitações voluntárias aos direitos de personalidade do acompanhado. Quanto à indisponibilidade relativa para disposições testamentárias ou doações, continua prevista no artigo 2192.º, n.º 1 (aplicável às doações por força do artigo 953.º), agora para as disposições efetuadas por maior acompanhado a favor de acompanhante ou do administrador legal dos seus bens.

Ainda sobre as *exceções à incapacidade* contidas no artigo 127.º, n.º 1, note-se que, por força da *eliminação da remissão* para o regime da menoridade, que se fazia quanto aos interditos e inabilitados (artigos 139.º e 156.º), não se aplica aos maiores

acompanhados a previsão dessas *exceções*. A exceção da alínea *b*) do artigo 127.º, n.º 1, encontra o seu equivalente — embora incompleto, como vimos — no novo artigo 147.º. Mas não excetuadas normativamente ficaram as hipóteses de *atos de disposição de bens que o acompanhado haja adquirido pelo seu trabalho* (mesmo depois de decretado o acompanhamento) e dos *atos relativos à profissão, arte ou ofício que o acompanhado exerça* — previstos, para os menores, no artigo 127.º, n.º 1, alínea *a*) e *c*). Apenas a sentença de acompanhamento — e não já o Código Civil — poderá, pois, excetuar esses atos do âmbito da necessidade de acompanhamento, quando esta em geral os abranger.

Note-se, ainda, que o legislador passou a prever expressamente, a propósito dos poderes do acompanhante (artigo 150.º), a proibição do acompanhante de *atuação em conflito de interesses* com o acompanhado — o que antes resultava das disposições sobre a tutela e o poder paternal (artigos 1935.º, n.º 1, e 1892.º). Sendo necessária a prática do ato, cabe ao acompanhante requerer ao tribunal autorização ou as medidas concretamente convenientes. A violação deste dever, que é concretização do princípio subjacente à proibição do negócio consigo mesmo, tem as consequências previstas no artigo 261.º: isto é, o negócio celebrado pelo acompanhante (ou autorizado por ele) em conflito de interesses com o acompanhado será anulável, a pedido do acompanhado. Pode, porém, suscitar-se o problema de saber *quem pode exercer* este direito de anulação quando o acompanhado não tiver capacidade natural de querer e entender para o fazer — isto, uma vez que não parece fazer sentido subordinar a *prática do ato* à necessidade de acompanhamento, mas já não exigir este para a sua *anulação* e, concomitantemente, para a sua eventual *confirmação*. Neste sentido, e embora esteja em causa uma concretização da proibição do conflito de interesses subjacente ao regime do negócio consigo mesmo, tendo em conta a especificidade resultante do facto de se tratar de casos de

representação legal ou de assistência pelo acompanhante, teria feito sentido prever a possibilidade de anulação por terceiros ou pelo Ministério Público⁷.

3. Distinção do regime dos atos do maior acompanhado consoante o momento em que são praticados

Tal como atualmente (artigos 148.º, 149.º e 150.º), o valor dos atos praticados pelo valor maior acompanhado, e os requisitos para a sua invalidação, dependem, no novo regime, do *momento em que são praticados*. Distingue-se, assim: 1.º) atos praticados *em momento posterior ao registo da decisão* de acompanhamento, regulados no artigo 154.º, n.º 1, alínea *a)*, correspondente ao anterior artigo 148.º — isto, sendo certo que se continua a prever que às decisões judiciais de acompanhamento é aplicável o disposto nos artigos 1920.º-B e 1920.º-C, pelo que tais decisões serão obrigatoriamente registadas; 2.º) atos praticados *no decurso da ação de acompanhamento*, isto é, depois de anunciado o início do processo mas antes do registo da decisão de acompanhamento, regulados no artigo 154.º, n.º 1, alínea *b)*, correspondente ao anterior artigo 149.º; e 3.º) atos praticados *anteriormente ao anúncio do início do processo*, regidos pelo artigo 154.º, n.º 3, correspondente ao artigo 150.º na redação anterior.

Importa notar que, segundo o novo regime, o início, o decurso e a decisão final do processo de acompanhamento passam a ter uma *publicidade* que deve ser “limitada ao estritamente necessário para defender os interesses do beneficiário ou de terceiros, sendo decidida, em cada caso,

⁷ Isto, porque a remissão para o regime do artigo 1893.º, aplicável à violação da proibição de aquisição de bens do filho pelo titular do poder paternal, prevista no artigo 1892.º, não se afigura adequada, podendo o estatuto de maior acompanhado nunca vir a cessar.

pelo tribunal” (artigo 153.º). Segundo o novo artigo 893.º do Código de Processo Civil, o “juiz decide, em face do caso, que tipo de publicidade deve ser dada ao início, ao decurso e à decisão final do processo”, e, quando necessário, pode determinar “a publicação de anúncios em sítio oficial, a regulamentar por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça”. No entanto, quando o interesse do beneficiário o justifique, o tribunal pode dirigir comunicações e ordens a instituições de crédito, a intermediários financeiros, a conservatórias do registo civil, predial ou comercial, a administrações de sociedades ou a quaisquer outras entidades, sobre o início do processo, como se prevê no novo artigo 894.º do Código de Processo Civil.

Esta limitação da publicidade visa *evitar a estigmatização* e o *isolamento* do acompanhado — *rectius*, da pessoa contra a qual apenas *foi iniciado um processo* de instituição do acompanhamento — do seu meio social e económico, como efeito de uma publicidade alargada. É claro, porém, que resulta daqui uma menor tutela dos terceiros e do comércio jurídico, na medida em que para estes é importante conhecer o estatuto jurídico das pessoas com quem tratam, e a conseqüente firmeza e validade dos negócios que com eles celebram. Pelo que o tribunal deverá decidir sobre o grau e formas de publicidade dada ao início e decisão final do processo, ponderando tanto o *interesse da pessoa objeto do processo* de acompanhamento e a necessidade da sua proteção, como a *necessidade de proteção de terceiros e do comércio jurídico* — por exemplo, tendo em conta a circunstância de essa pessoa manter, ou não, uma atividade económica, ou em geral negocial, com terceiros (por exemplo, um estabelecimento comercial), e de estes terceiros poderem também necessitar de proteção.

Em qualquer caso, o momento do anúncio do processo é relevante para distinguir os atos praticados *antes do início da ação* (*rectius*, antes do anúncio desse início) e os atos praticados *já no decurso da ação* de acompanhamento, que estão sujeitos a

regimes diversos, designadamente, quanto aos requisitos para a sua anulação.

4. Atos praticados em momento posterior ao registo da decisão de acompanhamento

O valor dos atos patrimoniais do acompanhado é, como se disse, regulado no artigo 154.º. Esses atos, praticados pelo maior acompanhado, sem observância das medidas de acompanhamento decretadas (sem representação, sem autorização ou apoio pelo acompanhante), são *anuláveis*, quando forem *posteriores ao registo do acompanhamento*.

Mantém-se, assim, não só a consequência da anulabilidade (em conformidade com a ideia de que o vício visa proteger o interesse privado do legitimado para anular, e não um interesse público), como o princípio de que *a proteção do incapaz* — no caso, do maior acompanhado — *prevalece sobre a proteção da boa fé e confiança de terceiros* que ignorem essa situação. Em todo o caso, na falta de registo das decisões, elas não podem — como não podiam já as sentenças de interdição ou inabilitação — ser invocadas contra terceiro de boa fé. Daqui resultará já, portanto, a partir da decisão final, alguma proteção do interesse do comércio jurídico e de terceiros que tratem com a pessoa acompanhada.

A previsão geral da anulabilidade como consequência dos atos praticados pelo maior acompanhado, depois do registo da decisão de acompanhamento, sem observância das medidas de acompanhamento decretadas, requer, porém, algumas precisões.

Assim, e desde logo, cumpre notar que tal invalidade é consequência de uma *clara alteração do status jurídico do acompanhado* depois desse momento, a partir do qual *deixa de poder praticar validamente os atos incluídos no âmbito do acompanhamento sem que sejam cumpridas as medidas de acompanhamento* decretadas — a representação legal, a

autorização, outras medidas de apoio. Não é, pois, essa invalidade, consequência de qualquer influência das causas que justificaram o acompanhamento sobre o *concreto ato* que foi praticado (naquele momento e circunstâncias concretos), mas antes da falta de um *requisito* ou *pressuposto essencial do negócio*, que é a capacidade negocial de exercício. Com efeito, a anulação *não depende da prova de que, no concreto momento da prática do ato, o acompanhado não pôde compreender ou não compreendeu a declaração, ou de que estava sujeito uma limitação da vontade livre, devido à causa que veio a justificar a instituição do acompanhamento, ou por qualquer outra causa. É suficiente (como acontece até agora para os interditos e para os inabilitados) a prova de que o negócio foi praticado pelo acompanhado posteriormente ao registo da decisão de acompanhamento. E isto, também sem que a contraparte possa provar, para obstar à anulação, que no caso e momento concretos o acompanhado, apesar de não ter observado as medidas de acompanhamento decretadas, tinha perfeita capacidade natural de querer e entender.*

Do mesmo modo, o fundamento para a invalidade é *independente do conteúdo do ato*, isto é, da apreciação sobre se ele é mais ou menos favorável ou prejudicial ao acompanhado. O prejuízo para o acompanhado não é requisito da anulabilidade — como não era já para os interditos e para os inabilitados e não é para o menor. É certo que, sendo o ato apenas anulável, e não nulo, a pessoa legitimada para intentar a ação de anulação tenderá a só iniciar esta ação se entender que o ato não é favorável ao acompanhado. Mas não está aqui em causa um qualquer prejuízo objetivamente comprovável, ou sequer a prova de um prejuízo subjetivo para o acompanhado, podendo tratar-se, por exemplo, de um bom negócio que o acompanhado não podia praticar sem as medidas de acompanhamento, e que a pessoa legitimada para anular não pretende que subsista (por exemplo, uma venda por bom preço de um objeto de estimação, ou de um quadro).

O fundamento da anulabilidade é a restrição da capacidade negocial de exercício — como para os menores —, e não o prejuízo para o agente.

Problemas mais graves se suscitam na determinação do *regime da anulabilidade* em causa — em particular da legitimidade e do prazo para a invocação — e da confirmação do negócio. Com efeito ao eliminar a remissão para o regime dos menores, o legislador da Lei n.º 49/2018 eliminou também a resposta específica que para estes problemas se encontrava na redação originária do Código Civil.

4.1. Legitimidade

A *legitimidade* para promover a anulação deixou de estar prevista especificamente no Código Civil. Apenas existe previsão específica para os maiores acompanhados no artigo 903.º do Código de Processo Civil, na sua nova redação. Segundo esta norma, transitada a decisão, pode o *acompanhante* requerer a anulação dos atos praticados pelo acompanhado, quando estejam abrangidos pelo acompanhamento. A norma refere-se expressamente apenas aos atos praticados *após expedição de comunicações* a entidades, decidida pelo tribunal (isto é, no decurso da ação), mas deve aplicar-se igualmente, até por maioria de razão, à legitimidade para anular atos praticados *posteriormente ao registo* do acompanhamento, dela resultando, pois, que o *acompanhante* tem legitimidade para a ação de anulação.

Já nos parece difícil defender que a legitimidade do acompanhante para anular os atos do acompanhado, praticados sem observância das medidas de acompanhamento, resulta diretamente do regime geral do artigo 287.º, n.º 1, do Código Civil, pois é claro que o acompanhante não é a *pessoa em cujo interesse a lei estabelece a anulabilidade*. Justamente por isso, a legitimidade prevista no artigo 125.º, n.º 1, alínea *a*), não decorria já do artigo 287.º, n.º 1. Apenas poderia, assim, tratar-

se de uma legitimidade do acompanhante em substituição ou *em representação do próprio acompanhado* (a pessoa em cujo interesse a lei estabelece a anulabilidade), e, portanto, apenas *para os casos em que o acompanhante é representante legal daquele*. Mas que já não poderia incluir, por exemplo, os casos em que *é apenas assistente*, pois então não se vê como poderia ter legitimidade para anular em representação do acompanhado.

Do artigo 287.º, n.º 1, apenas decorreria, assim, a *legitimidade do próprio acompanhado* para anular os atos que ele praticou pessoalmente, sem observar as medidas de acompanhamento decretadas. Simplesmente, não parece fazer sentido que o acompanhado *não possa praticar o ato* sem observar tais medidas, mas já possa decidir pessoalmente, independentemente dessas medidas, *se anula ou não o ato* que ele próprio praticou e que não podia praticar — e, se não o anula, se o deixa *convalidar* pelo decurso do tempo ou o *confirma* mesmo.

Nem se objete que o acompanhado pode ter entretanto *recuperado a capacidade natural* de querer e entender, e que o acompanhado *não carece em geral de capacidade de exercício*. Quanto ao primeiro ponto, além de ignorar que a capacidade natural em concreto, ou a sua ausência, é *irrelevante* para a *existência da anulabilidade* do ato (e que, portanto, tem de ser irrelevante para o início do decurso do prazo de anulação), não permite impor o ónus de anular ao acompanhado só por esse facto, pois a necessidade de acompanhamento mantém-se. Quanto ao segundo, é claro que, independentemente de o acompanhado poder não sofrer de uma incapacidade geral, para *aquela ato* em concreto — e é da anulação ou da convalidação *desse ato* que se trata — não dispunha de capacidade sem observar as medidas de acompanhamento. Pelo não deve também poder decidir sobre a sua convalidação ou anulação sem tais medidas.

Entendemos, pois, que o problema da legitimidade *do próprio acompanhado* para anular — e do início do decurso do

prazo para tanto — apenas poderá pôr-se quando *cessa a causa do acompanhamento*, e este *cessa* ou *é modificado*, nos termos do artigo 149.º, deixando de incluir o ato em causa. Qualquer outra solução poderia deixar perigosamente desprotegido o próprio acompanhado, obrigando-o a intentar uma ação de anulação quando ainda carece de acompanhamento.

A eliminação da remissão para o regime dos menores deixou também sem previsão específica a legitimidade dos *herdeiros do acompanhado* para anular (artigo 125.º, n.º 1, alínea c)), a qual apenas poderá agora resultar da aquisição, por sucessão hereditária, desse direito potestativo, de que o acompanhado dispunha, e que podia exercer atualmente (se já tinha cessado o acompanhamento) ou em potência (caso faleça antes de cessar o acompanhamento).

4.2 Prazo

Do mesmo modo, também o *prazo* dentro do qual a ação de anulação deve ser proposta não ficou especificamente previsto para os atos do acompanhado.

Pareceria dever recorrer-se ao *regime geral* do artigo 287.º, n.º 1, do Código Civil, que prevê o prazo de *um ano* a contar da cessação do vício que fundamenta a anulabilidade. A lei esclareceu, no artigo 154.º, n.º 2, que esse prazo de anulação só começa a contar-se a partir do registo da sentença, mas este *dies a quo* só releva para os atos praticados anteriormente a esse registo, na pendência da ação. Já para os atos *posteriores ao registo* da sentença, a nova redação do Código Civil — ao eliminar a remissão para o regime da menoridade (artigo 125.º) prevista para os interditos e para os inabilitados, em conformidade com o afastamento de uma incapacidade geral por equiparação com os menores — *nada diz*, porém, sobre o termo inicial do prazo de anulação.

Pensamos que esse prazo deve ser de um ano *a contar do conhecimento do ato pela entidade que pode anular* (e que

é em regra o acompanhante, como vimos). E isto, não por aplicação do artigo 287.º, n.º 1 (pois o vício não cessa com tal conhecimento do ato pelo acompanhante), mas antes *por analogia com o disposto no artigo 125.º, n.º 1, alínea a)*, norma que continuará assim a aplicar-se. E isto, quer quanto ao *termo inicial do prazo* para anulação pelo acompanhante, quer quanto ao seu *termo final*, uma vez que são tão procedentes para o acompanhado como para os menores as razões que justificam que, depois de cessado o acompanhamento, *só a ele deva caber o juízo sobre a anulação*, e não ainda ao seu anterior acompanhante. O acompanhante poderá anular, pois, no prazo de um ano a contar do conhecimento do negócio, mas nunca depois de cessar o acompanhamento, ou de ser modificado por forma a deixar de incluir o ato em causa.

Já o próprio *acompanhado terá um ano a contar da cessação do acompanhamento*, seja nos termos do artigo 287.º, n.º 1 (pois é nesse momento que cessa o vício), seja por aplicação analógica da alínea *b)* do n.º 1 do artigo 125.º

E também os *herdeiros* poderão anular depois da morte do acompanhado, dispondo para tanto de um ano, também por aplicação analógica do artigo 125.º, n.º 1, alínea *c)*. Este prazo deverá ser de um ano, como prevê esta norma, independentemente de *estar já a correr* quando o acompanhado faleceu, por o acompanhamento ter sido levantado há menos de um ano (pois a não ser assim o prazo poderia ser muito exíguo), ou de *ainda não ter começado a correr*. Tal como os herdeiros adquirem sempre o direito de anular, ainda que o acompanhado falecido ainda o não pudesse fazer, também o devem poder fazer no prazo de um ano a contar do falecimento, previsto no artigo 125.º, n.º 1, alínea *c)*.

De igual modo, apesar de a nova redação da lei civil, que não prevê especificamente o prazo de anulação, não ressaltar expressamente essa hipótese (como faz no artigo 125.º, n.º 1), a invocação da anulabilidade, por via de ação ou exceção, poderá ter lugar a todo o tempo se o negócio *ainda não estiver*

cumprido, mesmo depois de esgotado o prazo de anulação, em aplicação do disposto no artigo 287.º, n.º 2. Esta norma contém uma *regra geral* aplicável a todos os prazos de anulabilidade, segundo a qual, não estando o negócio ainda cumprido, ele não é ainda uma realidade passada, pois o cumprimento irá realizar-se no futuro, e deve manter-se o direito de anular, quer como exceção contra a exigência de cumprimento, quer por via de ação.

Estas legitimidades e prazos de anulação — para o acompanhante, para o acompanhado e para os herdeiros — são, aliás, a nosso ver, *independentes entre si*, pelo que, tal como os menores depois de atingirem a maioridade, ou os seus herdeiros, também o acompanhado depois de cessar o acompanhamento, ou os seus herdeiros, podem anular ainda que o prazo já se tivesse esgotado para outros legitimados.

Com efeito, a relevância da situação de facto, que justifica a atribuição de legitimidade ao acompanhante, ao acompanhado e aos herdeiros, e respetivos prazos, não difere da relevância da situação dos menores, sendo independente da eliminação da equiparação dos acompanhados aos menores quanto ao âmbito da incapacidade — o regime da anulabilidade, no que toca à legitimidade e aos prazos, deve, por isso, ser *aplicado analogicamente*, arriscando-se qualquer outra solução a proteger menos os maiores acompanhados do que os menores, sem que isso seja imposto pelo respeito pelo princípio da necessidade da limitação da capacidade civil.

Em todo o caso, e até por comparação com a previsão sobre os prazos e legitimidade para anular na redação originária do Código Civil, era recomendável *maior clareza* do legislador na previsão legal explícita da *legitimidade* e do *prazo* (quer na duração, quer no seu *dies a quo*) para a anulação dos atos praticados pelo acompanhado sem observância das medidas de acompanhamento decretadas, previsão que deixou de existir por força da eliminação da remissão para o regime da menoridade.

E o mesmo pode dizer-se quanto ao regime da *confirmação*, o qual está especificamente previsto para os menores no artigo

125.º, n.º 2, mas não é aplicável aos maiores acompanhados. Também quanto a estes temos, porém, por certo que a ausência de aptidão para a prática de um ato sem observância das medidas de acompanhamento tem de conduzir a igual *ausência de aptidão para o convalidar pelo decurso do prazo ou para o confirmar* expressa ou tacitamente.

5. Atos praticados no decurso da ação

Quanto aos atos da pessoa acompanhada *praticados no decurso da ação, isto é, depois de anunciado o início do processo* — incluindo depois do envio de comunicações a entidades como instituições de crédito, intermediários financeiros, conservatórias do registo civil, predial ou comercial, administrações de sociedades ou a quaisquer outras, decidido pelo tribunal nos termos do artigo 894.º do Código de Processo Civil —, poderão também ser *anulados pelo acompanhante* (artigo 903.º do mesmo Código), mas apenas após a decisão final (no prazo de um ano), e caso se mostrem *prejudiciais* ao acompanhado.

Exige-se, pois: 1.º) que a *decisão final seja no sentido do decretamento* de medidas de acompanhamento; 2.º) que os atos tenham sido praticados pela pessoa a acompanhar *sem que tais medidas, a decretar, tenham sido observadas*; e 3.º) que tais atos *se mostrem prejudiciais* ao acompanhado (artigo 154.º, n.º 1, alínea *b*), do Código Civil, na nova redação).

Embora a redação da lei seja agora menos clara do que a do artigo 149.º do Código Civil, na redação originária (que exigia que “se mostre que o negócio causou prejuízo ao interdito”), deve continuar a exigir-se, para estes atos praticados no decurso da ação, que eles *se mostrem logo prejudiciais no momento da sua prática*⁸ não relevando o *prejuízo superveniente*

⁸ Assim também já, para o regime atual, Carlos Alberto da Mota PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1985, 232.

(por exemplo, devido a uma alteração dos valores dos bens em causa) resultante de negócios que no momento em que foram concluídos não eram prejudiciais à pessoa a acompanhar.

Com efeito, a maior proteção do acompanhado que pareceria resultar da relevância também de atos que apenas supervenientemente se mostram prejudiciais ao acompanhado é mais do que contrabalançada pelo efeito de isolamento, e de impedimento de continuação da sua atividade, com o início de um processo de acompanhamento, que resultaria da potencial relevância de um prejuízo superveniente: logo a partir desse momento quaisquer terceiros se recusariam a contratar com a pessoa objeto desse processo (e num momento em que ainda se não pode saber sequer se o acompanhamento virá a ser decretado), com receio de que os negócios que concluíssem não ficassem firmes, ainda que não fossem prejudiciais a essa pessoa a acompanhar no momento em que foram concluídos, pois poderiam vir a ser impugnados com sucesso devido a uma evolução que supervenientemente os viesse a tornar prejudiciais.

Afigura-se, aliás, que esta é a *razão para a lei ter exigido*, já para a anulabilidade dos atos praticados no decurso da ação pelo interdiciendo ou pelo inabilitando, o *requisito do prejuízo*, ao contrário do que acontece para os atos praticados depois da decisão (atualmente, da decisão sobre o acompanhamento)⁹. Enquanto para estes últimos a apreciação sobre a conveniência de anular é deixada na dependência do interesse e vontade

E, no domínio do Código de Seabra, Manuel de ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II, Almedina, lições publicadas em 1960 por A. Ferrer Correia e Rui de Alarcão, 87-88.

⁹ V. Manuel de ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, II, 88: sem esse requisito do prejuízo, o “interdicendo ficava, pois, atado de pés e mãos, sem possibilidades de concluir os negócios que lhe fossem necessários para adequadamente gerir os seus interesses, consequência tanto mais grave e intolerável quanto é certo que pode vir a reconhecer-se que ele é perfeitamente são de espírito, negando-se a requerida interdição. Para obviar a tais inconvenientes é que a lei actual resolveu modificar este regime no sentido indicado”.

do legitimado, independentemente de um prejuízo objetivo, tal poderia revelar-se gravoso para a pessoa contra quem foi iniciado um processo de acompanhamento. Pois se mesmo os negócios que não lhe fossem prejudiciais pudessem mais tarde vir a ser anulados, essa pessoa *seria logo excluída* do tráfico jurídico-negocial com o mero anúncio do início da ação, já que ninguém quererá correr esse risco, num momento em que não se sabe ainda sequer se o acompanhamento virá a ser decretado. Justamente por isso, a lei exige o prejuízo, dando a segurança à contraparte de que, se o negócio não prejudica o incapaz, será firme (sendo que a lei até utiliza agora a expressão “se mostrem prejudiciais”, legitimando a interrogação sobre se esse prejuízo tem não só de ser logo originário como tem de ser aparente para a contraparte).

Acresce que o risco de um prejuízo superveniente — não previsível aquando da celebração do negócio (ou este seria logo prejudicial) — é um *risco geral*, não específico da situação da pessoa acompanhada, que não deve por força do decretamento do acompanhamento poder ser transferido para a contraparte, sob pena de isolar logo a pessoa em causa quando é iniciado um processo de acompanhamento — e isto, mesmo que o início do processo careça da autorização dessa pessoa ou do suprimento dessa autorização.

Já não exige, porém, para anulação dos atos praticados no decurso da ação: nem a prova de que o acompanhado estivesse *sob a concreta influência intelectual ou volitiva* da causa que fundamenta a instituição do acompanhamento no momento do negócio (basta que o ato tenha sido praticado no decurso da ação, que o acompanhamento venha a ser decretado e que não tenham sido observadas as medidas de acompanhamento que vieram a ser decretadas); nem a prova de que a situação da pessoa contra a qual estava a correr um processo de acompanhamento era *conhecida* ou *reconhecível* pela contraparte (a prova da má fé desta), pois também aqui a proteção da confiança e expectativa da contraparte cede perante a proteção do acompanhado.

Os atos do acompanhado praticados no decurso da ação, se forem anuláveis, poderão ser anulados *pelo acompanhante*, no prazo de um ano a contar do registo da sentença (artigos 154.º, n.º 2, do Código Civil, e 903.º do Código de Processo Civil). Mas poderão também ser anulados pelo próprio *acompanhado*, depois de cessado o acompanhamento, ou pelos seus *herdeiros*, tal como vimos para os atos praticados depois do registo da decisão de acompanhamento.

6. Atos anteriores ao anúncio do início da ação

Quanto aos atos praticados pela pessoa posteriormente acompanhada, mas em *momento anterior ao início do processo*, continua a aplicar-se — como se prevê hoje para a interdição e para a inabilitação — o regime da incapacidade acidental (remissão do artigo 154.º, n.º 3, para o artigo 257.º).

Assim, será necessário demonstrar, em primeiro lugar, que *no momento do ato* a pessoa que veio posteriormente a ser objeto de acompanhamento se encontrava impossibilitada de entender o sentido da declaração ou não tinha o livre exercício da vontade (artigo 257.º, n.º 1, primeira parte). Não basta a existência posterior do acompanhamento, com dispensa da prova das condições subjetivas do agente quando praticou o ato, como acontece em geral para os atos praticados depois de iniciado o processo, ou depois de registado o acompanhamento.

Além disso, requer-se que a situação de impossibilidade de entender o sentido da declaração ou de falta do livre exercício da vontade fosse conhecida do declaratório ou notória, isto é, que uma pessoa de normal diligência a pudesse reconhecer (artigo 257.º, n.º 1, segunda parte, e n.º 2). Trata-se de exigência que é feita pela lei para proteger a confiança legítima do declaratório na validade da declaração, a qual, para os atos praticados antes do início do decurso da ação, prevalece sobre a proteção do agente.

O *prazo* de anulação será igualmente de um ano, mas a contar da cessação da situação de impossibilidade de entender o sentido da declaração ou de falta do livre exercício da vontade (e não do registo da sentença de acompanhamento, pois a anulação é independente deste), competindo a *legitimidade* para anular ao próprio acompanhado (ou seus herdeiros), nos termos do artigo 287.º, n.º 1, ou ao acompanhante (aqui apenas em representação do acompanhado, se for seu representante legal).

7. Dolo do acompanhado

Também afetada pela eliminação da remissão para o regime da menoridade foi a aplicação ao acompanhado do regime do *dolo do menor* — isto é, o regime do dolo do acompanhado, que utilize artifícios ou sugestões para fazer crer à outra parte que não necessita para a prática do negócio de qualquer acompanhamento (por exemplo, adulterando a sua identidade, a decisão de acompanhamento, ou forjando uma decisão de cessação).

O problema é objeto do artigo 126.º do Código Civil, segundo o qual o menor que tenha usado de dolo para se fazer passar por maior não tem o direito de invocar a anulabilidade. Discute-se, como se sabe¹⁰, se esse artigo 126.º visa impor uma espécie de sanção, impedindo *apenas o menor* de invocar a anulabilidade, ou proteger contra o dolo os interesses do *tráfico jurídico* e do *declaratário*, por estar atenuado o ónus de diligência deste último, não permitindo a nenhum legitimado a anulação do negócio. Propendemos neste último sentido, e entendemos também que, em qualquer caso, não está em causa no artigo 126.º qualquer sanção ou obrigação de reparação a cargo do incapaz.

¹⁰ V., por exemplo, C. Mota PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 230.

É certo que se poderá por vezes chegar a soluções semelhantes, pelo menos quanto a alguns maiores acompanhados, no sentido de impedir que invoquem a anulabilidade depois de terem utilizado de dolo, por recurso a figuras gerais como o abuso de direito, nas modalidades de proibição do *tu quoque*, do *dolus praeteritus* ou do *venire contra factum proprium*, desde que a limitação de capacidade de que padeçam não impeça tal aplicação¹¹.

Este último ponto está, porém, longe de ser claro. E, de qualquer modo, entendemos, como dissemos, que a *ratio* do impedimento previsto no artigo 126.º se prende, não com um impedimento à atuação do menor ou do acompanhado, mas com a tutela da confiança da contraparte. Pelo que preferimos *aplicar por analogia essa norma à situação do maior acompanhado*, sendo certo que esta aplicação, justificada pela idêntica relevância material das situações do menor e do maior acompanhado dolosos, não é impedida pela inexistência de uma incapacidade geral deste último, ou pelo respeito pelo princípio da proporcionalidade na limitação ao direito fundamental à capacidade civil.

8. Aplicação no tempo

O regime jurídico do maior acompanhado, com a eliminação dos institutos da interdição e da inabilitação, entra em vigor, como dissemos, em fevereiro de 2018. A aplicação no tempo deste diploma pode suscitar problemas, quer quanto aos processos pendentes, quer quanto aos atos praticados pelo incapaz, quer quanto ao âmbito das inabilitações e interdições em vigor (de pretérito).

¹¹ Considerando o regime do artigo 126.º do Código Civil como um afloramento da regra expressa pela locução *tu quoque*, v. António Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil, IV: Parte Geral. Pessoas*, Almedina, 2011, 481.

O artigo 26.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 49/2018, previu que essa lei tem aplicação imediata aos *processos de interdição e de inabilitação pendentes* aquando da sua entrada em vigor, devendo o juiz utilizar os seus poderes de gestão processual e de adequação formal para proceder às adaptações necessárias nos processos pendentes, adequando-os ao novo regime.

Ao *regime dos atos* dos requeridos, por sua vez, aplica-se a lei vigente no momento da sua prática (artigo 26.º, n.º 3, da Lei n.º 49/2018). Trata-se da solução (*tempus regit actum*) conforme com os princípios gerais de aplicação da lei no tempo, e com o artigo 12.º do Código Civil.

Vimos que os negócios próprios da vida corrente do menor e os atos pessoais continuam a ser livres, salvo disposição especial da lei ou decisão judicial em contrário. E que no artigo 147.º se qualificam também como *atos pessoais* os direitos de casar ou de constituir situações de união, de procriar, de perfilhar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar. Problema delicado pode, porém, suscitar-se no caso da *alteração do âmbito da incapacidade*, designadamente naqueles casos em que *a lei deixou de prever* uma incapacidade para a prática de determinados atos, ou para o exercício de certas funções, e passou a remeter para a eventual *restrição concreta contida na sentença* de acompanhamento — o que acontece, como vimos, com a capacidade nupcial (novo artigo 1601.º, alínea *b*)), com a capacidade para perfilhar (novo artigo 1850.º, n.º 1), com o exercício do poder paternal (novo artigo 1913.º, n.º 1, alínea *b*)), com o poder de representar o filho e de administrar os seus bens (novo artigo 1913.º, n.º 2), com o exercício da tutela (novo artigo 1933.º, n.º 1, alínea *b*)), com o exercício da administração de bens por maiores acompanhados (novo artigo 1970.º, alínea *a*)), com o exercício das funções de cabeça-de-casal (novo artigo 2082.º), ou com a capacidade para testar (novo artigo 2189.º, alínea *b*)).

Previu-se que às *interdições e inabilitações decretadas antes da entrada em vigor da Lei n.º 49/2018* é aplicável o regime do maior acompanhado, sendo atribuídos, no caso dos interditos, ao acompanhante poderes gerais de representação ou cabendo, no caso dos inabilitados, ao acompanhante autorizar os atos antes submetidos à aprovação do curador. Os tutores e curadores nomeados antes da entrada em vigor da Lei n.º 49/2018 passam a acompanhantes, aplicando-se-lhes o novo regime legal (artigo 26.º, n.ºs 4, 6 e 7, da citada Lei). Além disso, o juiz pode autorizar a prática de atos pessoais, direta e livremente, mediante requerimento justificado (artigo 26.º, n.º 5).

A orientação geral quanto a muitos destes atos — em particular quanto à capacidade para casar, para perflhar, para testar, para exercer o poder paternal ou a tutela, para administrar bens ou para exercer a função de cabeça de casal — foi a de eliminar a proibição geral, *ex vi legis*, para casar, perflhar, exercer responsabilidades parentais ou a tutela, para administrar bens ou para testar, remetendo antes para *a restrição em concreto destes direitos resultante da sentença de acompanhamento*. Mas é claro que as *interdições ou inabilitações de pretérito* resultam de sentenças que não continham tais restrições, pois elas estavam previstas na lei. Prevê-se, por isso, no artigo 26.º, n.º 8, da Lei n.º 49/2018, que os acompanhamentos resultantes dos n.ºs 4 a 6 desse artigo (isto é, resultantes da conversão das interdições ou inabilitações de pretérito) “são revistos a pedido do próprio, do acompanhante ou do Ministério Público, à luz do regime atual”.

Pode, porém, duvidar-se de que tal revisão seja realizada em todos os casos, antes de fevereiro de 2019. Pelo que se suscitará a questão de saber se a esses interditos e inabilitados, agora convertidos por força da lei em maiores acompanhados, deve, como parece resulta da redação do artigo 26.º, n.ºs 3 a 6, na falta de decisão judicial e de norma legal restritiva, *passar a ser reconhecida capacidade* para a prática daqueles atos e para o exercício das funções referidas (como resulta da

revogação das normas legais limitativas da capacidade). Ou se, pelo contrário, *continuarão a ser considerados incapazes*, pelo menos quanto à prática de atos pessoais, até à revisão de cada acompanhamento resultante da conversão de interdições ou inabilitações, apenas podendo ser praticados esses atos pessoais direta e livremente se autorizados pelo juiz (como se prevê no artigo 26.º, n.º 5).

Em qualquer caso, recomenda-se que se proceda, *com urgência*, à revisão em concreto das situações desses interditos e inabilitados de pretérito, a fim de declarar quais os atos e funções que cada um deles poderá passar a desempenhar validamente, de acordo com o novo regime legal do maior acompanhado.

9. Qualificação da situação do maior acompanhado e apreciação global

Não é este ainda o lugar e o tempo para proceder a uma avaliação geral e aprofundada do novo regime do maior acompanhado — a qual, além do mais, efetuada quando ainda está a decorrer a *vacatio legis*, se arriscaria certamente a ser prematura. Confirma-se, porém, que se trata, sem dúvida, de uma *alteração muito relevante* no direito das pessoas previsto no Código Civil.

Eliminou-se a incapacidade geral de maiores decretada pelo tribunal (como acontecia com os interditos), e a sua equiparação aos menores. A supressão da referência à incapacidade de maiores não foi, porém, total. Pese embora a eliminação da designação “incapacidades” (na epígrafe da Secção V do Capítulo I do Subtítulo I do Título II do Livro I do Código Civil, que passou a ser intitulada «Menores e maiores acompanhados»), manteve-se referência a uma incapacidade nalgumas normas. Assim, no artigo 320.º, n.º 3, a propósito da suspensão da prestação a favor de menores ou de maiores acompanhados, passou a dizer-se que tal suspensão é “aplicável aos *maiores acompanhados que*

não tenham capacidade para exercer o seu direito, com a diferença de que a incapacidade se considera finda, caso não tenha cessado antes, passados três anos sobre o termo do prazo que seria aplicável se a suspensão se não houvesse verificado” (itálico aditado). Nesta norma (e também, por exemplo, no artigo 1643.º, n.º 1, alínea *a*), a propósito da anulação do casamento com fundamento em impedimento dirimente, em que a lei se refere a um “incapaz”), o próprio legislador reconhece, pois, que a situação do maior acompanhado *continua a ser, no domínio abrangido pelo acompanhamento, a de uma incapacidade de exercício* de direitos.

Consoante o que se preveja na sentença — cujo papel na configuração da restrição à capacidade de exercício avulta, pois, em maior medida no futuro, como só acontecia antes, e em limitada medida, para o inabilitado — a situação do acompanhado poderá, pois, continuar a ser qualificada, também dogmaticamente, como sendo a de uma *incapacidade para o exercício de direitos*, pelo menos quando estiver sujeito ao *exercício das responsabilidades parentais* ou *no âmbito dos atos ou categorias de atos sujeitos à exigência de representação ou de autorização* pelo acompanhado, ou *quanto aos bens cuja administração estiver entregue a um administrador*.

Tratar-se-á então de atos para cuja prática o acompanhado *não tem aptidão* sem observância das medidas de acompanhamento decretadas, as quais consistirão, as mais das vezes, na sua *representação legal* ou na sua *assistência*. E os atos praticados pelo acompanhado sem respeitar essas medidas — atos próprios ou atos não autorizados — continuam a ser *inválidos*. Deve, portanto, continuar a falar-se, *nesse âmbito*, de um incapaz, e de uma *incapacidade de exercício de direitos*, embora a *lei* não preveja como *regra* a incapacidade *geral* de agir dos maiores acompanhados, e o seu exato recorte *dependa da sentença* de acompanhamento.

O regime do maior acompanhado respeita, pelo seu âmbito e objetivos, os compromissos a que o Estado português se obrigou, quando aprovou e ratificou a Convenção de Nova

lorque sobre os direitos das pessoas com deficiência. E, pela sua maior *maleabilidade* e *configurabilidade judicial* atendendo às circunstâncias concretas, pode dizer-se também que corresponde melhor às exigências do *princípio da proporcionalidade* na limitação do *direito fundamental à capacidade civil*.

É certo que, num ou noutro aspeto técnico-jurídico (como no que diz respeito ao regime da anulabilidade), poderiam ter sido e podem ser introduzidas algumas benfeitorias, pelo menos úteis, no regime do maior acompanhado. E, sobretudo, a alteração do estatuto legal dos interditos e inabilitados de pretérito para a prática de certos atos pessoais ou para o desempenho de certas funções justifica que se recomende, com urgência, a revisão, de acordo com o novo regime, das situações concretas de acompanhamento de maiores resultantes da conversão legal dessas interdições e inabilitações.

Mas globalmente, a apreciação que deve ser feita é, a nosso ver, claramente a de que o novo regime corresponde a um *indiscutível progresso* na previsão de instrumentos que, com respeito pelo *princípio da proporcionalidade* e pelos *direitos fundamentais* (incluindo o direito à capacidade civil) das pessoas com deficiências, ou com outros problemas de capacidade natural de querer e entender, permitam *apoiar* e *proteger* essas pessoas. Neste sentido, ele corresponde também a um importante avanço, até civilizacional, que não pode deixar de ser efusivamente saudado!

O NOVO REGIME DO MAIOR ACOMPANHADO E O DIREITO DAS SOCIEDADES

PEDRO MAIA

1.Introdução

A Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, introduziu uma profunda alteração no regime das incapacidades no direito português, substituindo os institutos da interdição e da inabilitação por um novo regime, o do *maior acompanhado*. Uma alteração bem-vinda ao direito português, que assim ficou alinhado com a tendência dos ordenamentos jurídicos mais avançados e, sobretudo, se adaptou às *necessidades* e aos *interesses* das pessoas maiores impossibilitadas, “por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres” (assim dispõe o novo enunciado do artigo 138.º do Código Civil).

O novo regime legal, além de merecer aplauso pelo seu *conteúdo*, tem recebido justos elogios pela sua *qualidade técnica*: na terminologia, no equilíbrio da redação, no rigor técnico, na arrumação sistemática¹.

O núcleo essencial de intervenção do legislador foi, consabidamente, o pretérito regime da interdição e inabilitação, constante dos artigos 138.º a 156.º do Código Civil. Naturalmente, não poderia deixar de ser objeto de novo regime um conjunto de matérias, desde logo, de natureza *processual*, mas também no corpo do Código Civil, que diretamente dependiam de uma nova filosofia inspiradora. No Anteprojeto da autoria de António Menezes Cordeiro, com a colaboração de António Pinto Monteiro e Miguel Teixeira de Sousa², sustentou-se que o perímetro da reforma deveria cingir-se às normas do Código Civil — desde logo, os artigos 138.º a 156.º, mas também outras normas que, neste diploma, contivessem referências ao *interdito* ou *inabilitado* — e do Código de Processo Civil na medida estritamente necessária. Esta orientação básica de nível mínimo de modificação não obistou a que outros pontos (“mais emblemáticos ou sensíveis”) fossem também modificados. É assim, a par de uma norma de remissão geral (artigo 23.º da Lei n.º 49/2018³) — que

¹ Vide António Pinto MONTEIRO, “Das incapacidades ao maior acompanhado — Breve apresentação da Lei n.º 49/2018”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 148/4013 (2018) 83 s.; Paulo Mota PINTO, “Valor jurídico dos atos do maior acompanhado”, neste volume (embora ressaltando que “num ou noutro aspeto técnico-jurídico (...) poderiam ter sido e podem ser introduzidas algumas benfeitorias, pelos menos úteis no regime do maior acompanhado”).

² Cfr. António Menezes CORDEIRO, “Da situação jurídica do maior acompanhado — Anteprojeto de reforma”, *Revista de Direito Civil* 3/4 Coimbra: Almedina (2018) 689.

³ Aí se dispõe que “todas as referências legais a incapacidades por interdição ou por inabilitação, que não tenham sido expressamente alteradas pela presente lei, são havidas como remissões para o regime do maior acompanhado, com as necessárias adaptações”.

dispensou o legislador de modificar pontualmente um número vastíssimo de diplomas —, foi proposta a alteração de alguns diplomas, para acolher um regime adaptado ao novo instituto do maior acompanhado.

É esse o caso do Código das Sociedades Comerciais, que viu alteradas duas normas: o artigo 186.º, n.º 1, al. *b*) — relativo à *exclusão* de sócio de sociedade em nome coletivo — e o artigo 414.º-A, n.º 1, al. *j*) — respeitante a “*incompatibilidades*” de membros do conselho fiscal da sociedade anónima.

Deste modo, foram diretamente alteradas *três normas de direito das sociedades*:

- i) o artigo 1003.º do Código Civil — relativo à *exclusão* de sócio de sociedade civil;
- ii) o artigo 186.º, n.º 1, al. *b*), CSC — aplicável à *exclusão* de sócio de sociedade em nome coletivo;
- iii) e o artigo 414.º-A, n.º 1, al. *j*), CSC — sobre “*impedimentos*” de membros do conselho fiscal da sociedade anónima.

Sublinhe-se que estas alterações não constituem uma revisão do regime *no quadro do direito das sociedades* — não se trata de uma *reforma do direito das sociedades* —, mas tão-só, por opção assumida do legislador, de uma adaptação (mínima) de normas que continham uma referência *literal e expressa* à interdição ou inabilitação.

A assumida e devidamente justificada opção do legislador levou a que a reforma se repercutisse em outros preceitos e aspetos de regime *além dos que foram expressamente objeto de alteração*. Desde logo, nos regimes que acolhem os preceitos alterados por via de *remissão*, como sucede com as sociedades em comandita simples: nenhum preceito diretamente aplicável a este tipo societário foi alterado, mas, em virtude da remissão para as sociedades em nome coletivo (artigo 474.º CSC), verificou-se uma alteração indireta.

Por outro lado — e este é um aspeto bastante mais relevante —, porque diversas normas do Código das Sociedades

Comerciais, apesar de não invocarem o instituto da *interdição* ou da *inabilitação* e de, por isso mesmo, não terem sido alteradas, servem-se de um outro conceito que *confronta* com aqueles institutos: o da “capacidade jurídica plena”. É o que sucede no artigo 252º, nº 1 (o gerente deve ser uma pessoa singular *com capacidade jurídica plena*), no artigo 357.º, nº 2 (o representante comum dos obrigacionistas, sendo pessoa singular, deve ter *capacidade jurídica plena*), no artigo 390º, nº. 3 (os administradores das sociedades anónimas devem ser pessoas singulares *com capacidade jurídica plena*), no artigo 414.º, nº 3 (as pessoas singulares que integrem o conselho fiscal da sociedade anónima devem ser pessoas *com capacidade jurídica plena*), e no artigo 425.º, nº 6, al. *d*) (os membros do conselho de administração executivo não podem ser pessoas singulares sem *capacidade jurídica plena*). Por via de remissões, o âmbito de aplicação de algumas destas normas é estendido, por exemplo, a sociedades em comandita por acções.

Como se verá (*infra*, 2. e 3.), a reforma do regime das incapacidades veio colocar questões de interpretação específicas a respeito deste conjunto de preceitos que não foram alterados, mas cuja relação com os antigos institutos da *interdição* e da *inabilitação*, bem como, agora, com o do *maior acompanhado* é incontornável.

Os três preceitos alterados serão apreciados em dois blocos distintos: o primeiro bloco compõe-se do artigo 1003.º do Código Civil e o artigo 186.º, nº 1, al. *b*), do csc — ambos aplicáveis à *exclusão* de sócio, num caso da sociedade civil, no outro da sociedade em nome coletivo; noutro bloco iremos apreciar o artigo 414º-A, nº 1, al. *j*), csc — que versa sobre matéria inteiramente distinta (“*impedimentos*” de membros do conselho fiscal da sociedade anónima) — e as suas implicações sobre a interpretação de outras normas.

2. O artigo 1003.º do Código Civil e o artigo 186.º, nº 1, al. b), do Código das Sociedades Comerciais

2.1. Enquadramento das opções do legislador

A redacção dos artigos 1003.º CCiv e 186.º, n.º 1, al. b), csc era, até à reforma de 2018, praticamente idêntica: em caso de interdição ou inabilitação, o sócio podia ser *excluído*. A exclusão assentava numa deliberação dos sócios: em rigor, dos *outros sócios*, uma vez que o sócio excluindo se encontrava *impedido de votar* (v. artigos 1005.º CCiv e artigos 186.º, nº 2, csc).

O regime estribava-se no entendimento de que, uma vez declarado interdito ou inabilitado, o sócio teria de ser representado, o que constituiria “intromissão”⁴ de um terceiro, incompatível com o *intuitus personae* destas sociedades, a que alguns autores juntavam o argumento de o sócio interdito ou inabilitado não poder prestar a *colaboração* que estas sociedades reclamam⁵.

⁴ Cfr. Raúl VENTURA, *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo*, Coimbra: Almedina, 1994, 299.

⁵ Cfr. Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997, 319; A. J. Avelãs NUNES, *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*, reimpr. da ed. de 1968, Coimbra: Almedina, 2002, 188 s.; Luís Brito CORREIA, *Direito comercial*, II, Lisboa: AAFDL, 1989, 472 s. (juntando o argumento de que um sócio interdito ou inabilitado pode afectar o crédito da sociedade); António Menezes CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2014, 215 (“visa-se, grosso modo, reagir a situações que tornem o sócio inaproveitável, em termos de fins da sociedade”); Luís Manuel Teles de Menezes LEITÃO, *Pressupostos da exclusão de sócio nas sociedades comerciais*, Lisboa: A.A.F.D.L., 1995, 68 s. (e também IDEM, *Direito das Obrigações*, III, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2006, 287 (“não resta qualquer alternativa que não seja a exclusão do sócio”, atento o carácter *intuitus personae* do contrato que “impossibilita a intervenção do tutor ou curador”); Jorge Manuel Coutinho de ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, 392 (em edição já posterior à Lei n.º 49/2018, os fundamentos mantêm-se: v. IDEM, *Curso de Direito*

O direito de exclusão, consagrado nestes termos, não constitui uma protecção ao interdito ou inabilitado. Bem ao invés, é o interesse dos restantes sócios (ou da sociedade, se se preferir) que fundamenta este regime. Como bem sublinha Carolina Cunha, em texto ainda anterior à Reforma, “enquanto o fundamento do resultado desta avaliação no plano civil (a subtracção da capacidade de exercício) reside na tutela do próprio interdito ou inabilitado, no plano societário o que avulta é a *protecção da própria sociedade* contra as consequências nefastas da permanência no seu seio de alguém judicialmente reputado inepto para a gestão da sua própria esfera pessoal e patrimonial” (sublinhados no original)⁶.

A sociedade, verificada a interdição ou inabilitação⁷, tinha o direito — mas não o dever! — de excluir o sócio. O que significa que a saída do sócio interdito ou inabilitado assentaria na *conveniência* dos restantes sócios, serviria para tutela do interesse destes, independentemente do interesse do interdito ou inabilitado.

É certo que a exclusão “não é um confisco” e, portanto, o sócio excluído terá direito a uma contrapartida. Mas não é menos certo que essa contrapartida pode não constituir, por

Comercial, vol. II, 6.^a ed., Coimbra: Almedina, 2019, 407); Pedro Romano MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2006, 307 (fundamentando o direito de exclusão na “impossibilidade, ainda que não culposa, de cumprimento de deveres do sócio interdito ou inabilitado); Carolina CUNHA, “A exclusão de sócios”, in *Problemas do Direito das Sociedades*, 2002, 209 s. (e também IDEM, in Jorge Manuel Coutinho de ABREU, coord., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. III (Artigos 175.º a 245.º), 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2016, 106.

⁶ Cfr. Carolina CUNHA, “A exclusão de sócios”, 209 (e também IDEM, in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, III, 106).

⁷ Ou *ainda antes de proferida sentença*, desde que demonstrada a impossibilidade de o sócio cumprir os seus deveres, caso em que se fundará na al. *a*) e não na al. *b*). Cfr., neste sentido, Luís Manuel Teles de Menezes LEITÃO, *Pressupostos da exclusão de sócio*, 69 s.

muitas razões, uma compensação verdadeiramente adequada ou, de todo o modo, uma compensação que torne a exclusão *vantajosa* ou *conveniente* para o sócio excluído. Não é pelo facto de existir direito ao pagamento de uma contrapartida que a exclusão se torna do interesse do sócio, como é evidente.

A que acresce, aliás, o facto de os fundamentos invocados em prol da solução legal poderem não se verificar no caso concreto: o sócio interdito até podia não ser gerente nem ter assumido nenhum dever de entrada em indústria; o contrato de sociedade até podia admitir a representação do sócio por quaisquer terceiros. Isto é: a interdição ou inabilitação podia, atenta a sociedade civil ou em nome coletivo *em concreto*, não trazer nenhuma perturbação à prossecução do interesse social. Caso em que alguns autores admitiam que a deliberação de exclusão pudesse ser havida como *abusiva*⁸.

Por isso mesmo, uma outra questão mais essencial se imporia formular: não deveria um tal caso de exclusão — pela sua sensibilidade, por não ser sequer automática ou necessária a lesão do interesse social, por se impor a necessidade de ponderação do interesse do sócio (interdito ou inabilitado) carecer sempre de uma *decisão judicial*, em vez de se bastar com uma simples deliberação dos sócios? É esta a orientação seguida no direito germânico⁹, que nos parece sem dúvida preferível. Os sócios podem querer a exclusão, mas cabe ao tribunal, ponderada a situação e os interesses em confronto, decidir se a exclusão se justifica. Não era, porém, esta a solução do legislador português, nesta matéria inspirado pelo direito italiano¹⁰.

⁸ Cfr., por exemplo, Raúl VENTURA, *Novos estudos sobre sociedades anónimas*, 300.

⁹ Vide § 140 HGB. Cfr., por exemplo, SCHMIDT, in *Münchener Kommentar zum HGB*, 4. Aufl., 2016, C.H. Beck, 2017, § 100, anots. 64 s.

¹⁰ Vide Raúl VENTURA, *Novos estudos sobre sociedades anónimas*, 296.

Dizemos bem, não *era*. Com a nova redacção dada aos artigos 1003.º CCiv e 186.º csc, apesar de não ter sido expressamente modificada a arquitectura do regime da exclusão de sócio — que continua a assentar numa deliberação dos sócios —, passou a incluir-se uma referência à *decisão judicial*. Como veremos, os termos em que se encontram redigidos os preceitos em apreço suscitam dúvidas de interpretação, mas já não parece levantar-se qualquer dúvida a respeito deste aspecto nuclear: a exclusão de sócio com fundamento no acompanhamento de maior não depende, apenas, da vontade dos restantes sócios. Com o que se afastou o que poderia designar-se de *princípio da suficiência da deliberação social* para a exclusão de um sócio¹¹.

No sentido desta primeira conclusão — de grande relevo, pela enorme importância que tem no novo regime — depõe de forma muito esclarecedora a anotação constante do anteprojeto em que a alteração legislativa se fundou. Com efeito, na anotação à nova redacção proposta para o artigo 1003.º CCiv¹² pode ler-se:

“1. Substitui-se a referência a “interdição ou inabilitação” pelo benefício do acompanhamento.

2. *Todavia, torna-se inevitável passar pelo juiz*: muitas situações de acompanhamento podem não justificar a exclusão” (sublinhados nossos).

Se já antes se afigurava criticável o sistema — que deixava nas mãos dos restantes sócios a liberdade de proceder à exclusão, independentemente da situação concreta tanto da sociedade, como

¹¹ Identificando este princípio no regime pretérito, *vide* Manuel Nogueira SERENS, “Notas (Breves) sobre a Exoneração e a Exclusão de Sócios da Sociedade Civil e da Sociedade em Nome Colectivo”, in *Boletim de Ciências Económicas: Homenagem ao Prof. Doutor António Avelãs Nunes* 57/3 Coimbra: Coimbra Editora (2014) 3221.

¹² Cfr. António Menezes CORDEIRO, “Da situação jurídica do maior acompanhado”, 703.

do sócio e dos motivos da interdição ou inabilitação¹³ —, com o novo regime aquela anterior opção tornar-se-ia *inaceitável*. Desde logo, em virtude de o leque de fundamentos da decisão de acompanhamento de maior ser agora mais extenso do que o da pretérita interdição ou inabilitação. Seria incompreensível que o novo regime, procurando dispensar uma maior e mais adequada tutela ao sujeito — o que justifica a possibilidade de beneficiar do regime num leque mais alargado de situações¹⁴ —, acabasse por estender automaticamente as consequências muito gravosas previstas para os casos extremos (de interdição e de inabilitação) a casos muito menos severos que agora justificam a medida de acompanhamento: mas não permitiriam interditar ou inabilitar.

E também o *espírito da reforma*, muito centrada na proteção do maior acompanhado e na *flexibilidade* e *ductilidade* do respetivo regime, seria atraçoada caso persistisse, como fundamento automático de exclusão, uma qualquer situação de acompanhamento.

Sendo este o enquadramento do novo regime — que merece ser louvado —, importa agora apreciar mais de perto problemas específicos com que a sua aplicação poderá confrontar-se.

¹³ Embora, no quadro do direito pretérito, M. Carneiro da FRADA, in *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2011, 595, já sustentasse uma interpretação restritiva, quando o fundamento residisse na inabilitação do sócio: só a inabilitação que afectasse a “capacidade comercial” do sócio constituía fundamento de exclusão.

¹⁴ No sentido de que os requisitos do acompanhamento são menos exigentes — e, portanto, o universo de casos de acompanhamento excede aquele que era abrangido pela interdição e pela inabilitação —, *vide* Mafalda Miranda BARBOSA, *Maiores Acompanhados*, Coimbra: Gestlegal, 2018, 52 s.

2.2. A exclusão fundada no artigo 1003.º, b), CCiv

Dispõe o artigo 1003.º, al. b), CCiv que a exclusão de um sócio pode dar-se nos casos previstos no contrato, e ainda nos seguintes: “em caso de benefício do acompanhamento, precedendo decisão do tribunal que o tenha decretado”.

A redacção da norma suscita uma primeira questão: quais são os elementos para estabelecer a relação de *precedência* a que o preceito se refere? Do espírito da lei e do seu propósito expresso no anteprojeto de lei, tem de extrair que o tribunal se pronunciará *depois* de os sócios deliberarem a exclusão. Não é o tribunal (nem, muito menos, o requerente de acompanhamento) que pode decidir — ou sequer tomar a iniciativa da decisão — de exclusão: esta é, por definição, o resultado de uma vontade dos (outros) sócios e, portanto, afigura-se inevitável a exigência de uma deliberação social de exclusão¹⁵.

Pelo que, ao escrever “precedendo decisão do tribunal que o tenha decretado”, o legislador se referia, certamente, à deliberação de exclusão: é esta que precede a “decisão do tribunal”.

¹⁵ Em rigor, discute-se se a deliberação pode ser dispensada no caso de a sociedade ter apenas dois sócios, subsistindo de todo o modo o elemento essencial — a *vontade*, nesse caso, do outro sócio —, manifestada (eventualmente) sem recurso a uma deliberação social. Na verdade, a redacção do artigo 1005.º, n.º 3, CCiv — onde se estabelece a necessidade de decisão judicial para a exclusão, quando a sociedade tenha apenas dois sócios — tem suscitado a questão de saber se a deliberação é, em tal caso, dispensada, ou se a decisão judicial exigida se segue à deliberação. Sobre a matéria *vide* Avelãs NUNES, *O direito de exclusão*, 299; e Luís Brito CORREIA, *Direito comercial*, II, 479 s.

Sublinhe-se que não é o mesmo o regime aplicável às sociedades civis e às sociedades em nome coletivo. Embora o figurino acolhido pelo legislador seja muito idêntico — a exclusão assenta, em regra, em deliberação dos sócios, mas exige-se uma decisão judicial em sociedades de dois sócios —, o legislador dispensava nas sociedades em nome coletivo decisão judicial quando a exclusão se fundasse na interdição ou inabilitação do sócio (ainda que a sociedade se compusesse de dois sócios). Acerca da *ratio* desta distinção, *vide* Raúl VENTURA, *Novos estudos sobre sociedades anónimas*, 302.

Por outro lado, apesar de o benefício de acompanhamento também assentar numa decisão judicial, o preceito reporta-se, ainda que não expressamente, a *duas decisões judiciais distintas*:

- i) A decisão de benefício de acompanhamento — implícita na primeira parte da alínea;
- ii) E a (eventual) decisão, posterior àquela, sobre a exclusão do sócio-maior acompanhado, no caso de a sociedade assim ter (entretanto) deliberado — referida na segunda parte da alínea.

Deste modo, para que a exclusão venha a ocorrer é necessário que, tendo sido decretado o acompanhamento do sócio, a sociedade venha a deliberar a sua exclusão e ainda que, *depois*, o tribunal — aquele que tiver decretado o acompanhamento — se pronuncie (e decida) nesse sentido. O tribunal decide o acompanhamento e deverá ser chamado a tomar uma nova decisão — caso os sócios hajam deliberado a exclusão — a respeito desta¹⁶. Na verdade, parece claro que na decisão sobre o acompanhamento o tribunal não poderá, em nenhuma circunstância, pronunciar-se sobre uma exclusão que ainda não pôde ser decidida, justamente por ainda não existir, ao tempo, o fundamento de que depende. O tribunal só pode pronunciar-se sobre a exclusão depois de esta ser deliberada; por sua vez, a exclusão só poder ser deliberada depois de ter sido decretado o acompanhamento; portanto, na fase da (primeira) decisão a respeito do acompanhamento o tribunal não pode apreciar uma exclusão (com fundamento em ter sido decretado o acompanhamento), que *logicamente não existe* nesse momento.

O acompanhamento de maior continua a ser um *fundamento* de exclusão, mas esta — à semelhança, aliás, do que já sucedia

¹⁶ Aparentemente em sentido diferente, Jorge Manuel Coutinho de ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 408, nota 990, que refere a necessidade, apenas, da “prévia sentença judicial (decretando o acompanhamento ou a insolvência)”.

nos casos em que a sociedade se componha de dois sócios apenas — não opera unicamente com a *decisão da sociedade*¹⁷, carecendo de uma subsequente *intervenção judicial*.

2.3. A exclusão fundada no artigo 186.º, n.º 1, al. b), csc

O enunciado do artigo 186.º, n.º 1, al. b), csc, que era praticamente igual ao do preceito correspondente para as sociedades civis (artigo 1003.º, al. b)), passou a diferenciar-se. A sociedade em nome coletivo¹⁸ pode excluir o sócio “em caso de acompanhamento de maior, quando assim resulte da decisão judicial de acompanhamento (...)”.

À semelhança do que sucede naquela disposição do Código Civil, também o novo teor do artigo 186.º csc invoca a decisão judicial: não é, portanto, o simples facto de ter sido decretado o acompanhamento do maior que permite fundamentar, sem mais, o direito de exclusão.

Contudo, em vez de exigir uma pronúncia do tribunal sobre o caso concreto, reconhecendo o direito à exclusão — na interpretação que fazemos do artigo 1003.º CCiv —, o artigo 186.º csc parece pressupor que a decisão judicial de acompanhamento já se pronuncie sobre a matéria: a sociedade pode excluir o sócio em caso de acompanhamento de maior “quando assim resulte da decisão judicial de acompanhamento”.

É difícil admitir que a decisão judicial expressamente preveja a exclusão do sócio: quando muito pode resultar da decisão que tal exclusão ocorreu anteriormente¹⁹. Porém, não é a

¹⁷ Ou do outro sócio, para quem entenda que é dispensável a deliberação da sociedade quando esta se componha de dois sócios apenas.

¹⁸ E também a sociedade em comandita simples, mercê da remissão do artigo 474.º csc.

¹⁹ Por exemplo, se a decisão relacionar os bens (conforme se prevê no artigo 902.º CPC) e destes já não constar a parte social, em virtude de o maior acompanhado ter sido excluído.

essa hipótese que respeita a norma em apreço. O artigo 186.º CSC configura a possibilidade de o acompanhamento ser *fundamento* de exclusão de sócio, pelo que, evidentemente, não se reporta a uma exclusão *anterior*: para que a situação de acompanhamento possa ser fundamento da exclusão tem de a preceder.

Uma vez que o sentido da norma é o de a exclusão ter na decisão judicial o seu fundamento, apenas duas possibilidades se anteveem.

A primeira consiste em resultar da decisão a impossibilidade de o maior acompanhado cumprir as obrigações que sobre ele impendem enquanto sócio. Por exemplo, cumprir a sua obrigação de entrada em indústria. Ou cumprir a obrigação que eventualmente tenha assumido de exercer o cargo de gerente.

Sendo este o caso, a decisão judicial nos termos em que foi tomada revela a impossibilidade de o maior acompanhado cumprir as suas obrigações de sócio e, portanto, deveria admitir-se — é um entendimento possível, que estamos a figurar — que, sem outra decisão ou sem nova pronúncia do tribunal, ocorresse a exclusão.

Parece-nos, todavia, que esta solução, além de se apartar sem motivo que consiga vislumbrar-se daquela que resulta para as sociedades civis, acabaria por desproteger os interesses do maior acompanhado. Na verdade, em muitos casos não será evidente ou indiscutível que a situação de maior acompanhado implique violação de deveres de sócio. Basta pensar nos casos em que todos os sócios sejam gerentes da sociedade em nome coletivo, mas em que não exista um dever específico de ocupar o cargo. Nesse caso, a situação de maior acompanhado deve suportar a exclusão?

Embora a letra da lei não se refira a uma decisão judicial tomada *em separado* sobre a admissibilidade da exclusão — alude-se unicamente à “decisão judicial de acompanhamento” —, parece-nos que deve entender-se esta referência em termos amplos, isto é, no sentido de que não respeita apenas à versão original da decisão judicial de acompanhamento, mas a todas aquelas

decisões que, subsequentemente, o tribunal venha a tomar no âmbito do mesmo processo. Conforme decorre do artigo 155.º CCiv, o tribunal pode rever a decisão de acompanhamento proferida — tem até o dever de o fazer, no mínimo de cinco em cinco anos — e, à semelhança do que sucede para as sociedades civis, a exclusão de sócio deve ser avaliada pelo tribunal. Isto, para que este possa, em face do caso concreto e dos motivos do decretamento do acompanhamento de maior, decidir se a exclusão pretendida pela sociedade deve ou não proceder.

Esta afigura ser a implicação inevitável do novo regime: a grande variedade e flexibilidade de situações em que o maior acompanhado pode encontrar-se e a variedade da sua situação jurídica impedem que o fundamento para a exclusão se estabeleça *em abstrato* e de modo *automático*. Como justamente se refere na anotação ao artigo 1003.º “torna-se inevitável [a exclusão] passar pelo juiz: muitas situações de acompanhamento podem não justificar a exclusão”. Esta fundamentação, apresentada a propósito da sociedade civil, não pode deixar de valer, pela absoluta identidade de interesses e mesmo de regimes, também para a sociedade em nome coletivo.

Em suma: não obstante a divergência dos respetivos enunciados normativos e não obstante algumas dificuldades de interpretação que a letra dos preceitos possa suscitar, deve entender-se que a exclusão de sócio (de uma sociedade civil ou de uma sociedade em nome coletivo) com fundamento no acompanhamento de maior carece de uma intervenção judicial, que afira — *em face das circunstâncias específicas que determinaram o acompanhamento, das medidas decretadas e dos deveres que na sociedade impendem sobre aquele sócio* —, se a exclusão se justifica.

Deste modo, a redacção do n.º 3 do artigo 186º csc, que permaneceu inalterada, perdeu parte do seu sentido. De facto, no que toca às sociedades compostas por dois sócios, afasta-se o regime comum da exclusão — assente numa deliberação

da sociedade — para se exigir uma decisão judicial (artigo 186.º, n.º 3, CSC). Porém, ao passo que, nas sociedades civis, a exigência de uma decisão judicial se aplica se exceções (artigo 1005.º, n.º 3, CCiv), o legislador comercial entendeu aplicar tal regime apenas aos casos de exclusão com fundamento nas alíneas *a)* e *c)* do artigo 186.º, n.º 1, CSC, mantendo a regra da mera deliberação para os casos da alínea *b)*.

Independentemente da apreciação que devesse merecer esta opção do legislador, o preceito dispensava sem dúvida a intervenção do tribunal para a exclusão quando esta se fundasse na interdição ou inabilitação do sócio. Uma vez que, mercê da alteração agora introduzida na redacção do artigo 186.º, n.º 2, al. *b)*, essa intervenção passou a ser necessária sempre — quer a sociedade se componha de dois sócios quer não —, os dizeres do artigo 186.º, n.º 3, passaram a ter um alcance distinto. *Antes*, ao mencionar apenas as alíneas *a)* e *c)*, a lei afastava da necessidade de intervenção judicial os casos previstos na al. *b)* (interdição ou inabilitação); agora, ao mencionar as alíneas *a)* e *c)*, a lei acrescenta, mas apenas para os casos de sociedade de dois sócios, a necessidade de intervenção judicial: intervenção que, na hipótese da 1.ª parte da al. *b)* (maior acompanhado), já é exigida, tenha a sociedade dois sócios ou mais. De modo que, nas sociedades compostas por dois sócios, somente a exclusão com fundamento em declaração de insolvência do sócio não carece de decisão judicial (artigo 186.º, n.º 2, al. *b)*, 2.ª parte, e n.º 3, CSC).

2.4. O direito de exoneração do maior acompanhado

As normas que regulam o direito de exoneração na sociedade civil (artigo 1002.º CCiv) e na sociedade em nome coletivo (artigo 185.º CSC) não foram alteradas. Dir-se-ia, portanto, que a Reforma não modificou esse regime.

Não modificou, com certeza, mas, em nosso entender, deu um novo contributo para a reasposta a uma questão que vinha sendo bastante debatida.

O *direito de exclusão*, conforme já foi sublinhado, visa a tutela do interesse da sociedade (dos restantes sócios). Pelo que pode bem suceder que, apesar de terem o direito de excluir o maior acompanhado, os sócios prefiram mantê-lo na sociedade: mantém-se ilimitadamente responsável pelas dívidas, a sua intervenção na vida da sociedade pode ser dispensável... Quer dizer: a situação de acompanhamento pode não prejudicar, em nada, os interesses dos outros sócios e, portanto, estes podem optar por não exercer o direito de exclusão.

Mas, perguntar-se-á: e a tutela dos interesses do maior acompanhado?

Na verdade, a situação em que se encontre pode ser altamente lesiva dos seus interesses, sobretudo no plano patrimonial. A situação de maior acompanhado pode impossibilitá-lo de exercer qualquer actividade de fiscalização da sociedade ou controlo da actuação dos restantes sócios (enquanto gerentes, desde logo); do mesmo passo que a sua qualidade de sócio lhe impõe a assunção de responsabilidade por todas as dívidas da sociedade. Num caso como este, a situação de maior acompanhado implicará um gravíssimo *desequilíbrio* da posição do sócio, posto que à máxima responsabilidade que o tipo societário lhe impõe poderá não corresponder, de facto, nenhum poder de gestão nem sequer de fiscalização da atividade. Nas sociedades de responsabilidade ilimitada este é um binómio essencial: a máxima responsabilidade de cada sócio está associada ao máximo poder de gerir e de fiscalizar.

Pois bem. Tanto o artigo 1002.º CCiv como o artigo 185º CSC preveem a possibilidade de exoneração quando ocorra *justa causa*, respetivamente no n.º 2 e no nº 1, al. *b*). Mas a esta cláusula geral, o artigo 185.º do CSC acrescenta que há justa causa de exoneração de um sócio quando, "contra o seu voto expresso..." — e segue-se um elenco de casos.

A doutrina tem discutido se este elenco é *taxativo* ou meramente *exemplificativo*, encontrando-se sustentada

tanto uma como outra posição²⁰. Concretamente a respeito da questão que nos ocupa, não temos dúvidas em afirmar que uma situação que *pessoalmente* impossibilite o sócio de exercer aquele conteúdo mínimo e essencial de direitos que a posição de sócio numa sociedade de responsabilidade ilimitada tem de facultar — o direito de participar na gestão da empresa social e de (pelo menos!) acompanhar e fiscalizar a atividade — há-de permitir a desvinculação do sócio. Impor ao sócio — antes interdito ou inabilitado, hoje acompanhado — que se mantenha na sociedade sem poder gerir, acompanhar a gestão ou sequer fiscalizar, ao mesmo tempo que assume responsabilidade ilimitada pelas dívidas sociais, afigura-se indefensável.

Dir-se-á, com certeza, que os sócios, se quiserem prevenir essa situação, têm a possibilidade de incluir uma cláusula nos estatutos que outorgue o direito de exoneração com tal fundamento. Mas o argumento provaria de mais, porque levaria então a sustentar que a lei não previsse nenhum fundamento para a exoneração, posto que os sócios poderiam sempre prever nos estatutos qualquer das causas de exoneração agora estabelecidas na lei. A ser assim, não haveria razão para o legislador estabelecer quaisquer causas de exoneração.

²⁰ No sentido de que o elenco não é taxativo, *vide* Maria Augusta FRANÇA, “Direito à exoneração”, in *Novas perspectivas do direito comercial*, Coimbra: Almedina, 1988, 205 s., António Menezes CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, II, 214 s., Tiago Soares da FONSECA, *O Direito de Exoneração do Sócio no Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 221ss., M. M. Carneiro da FRADA, in *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 594.

Sustentando, ao invés, a taxatividade do elenco, cfr. Raúl VENTURA, *Novos estudos sobre sociedades anónimas*, 289 s.; Luís Brito CORREIA, *Direito comercial*, II, 455 (embora em tom dubitativo), Jorge Manuel Coutinho de ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 398 s.; João ESPÍRITO SANTO, *Exoneração do sócio no direito societário-mercantil português*, Coimbra: Almedina, 2014, 713 s.; e Manuel Nogueira SERENS, “Notas (Breves) sobre a Exoneração”, 3223 (ao menos aparentemente, ao escrever que o regime “se quis taxativo”).

A questão é mesmo a de o legislador facultar uma tutela *mínima* na situação porventura de *maior debilidade* ou *vulnerabilidade* em que o sócio pode vir a encontrar-se — estar pessoalmente impossibilitado de exercer os seus direitos e de proteger os seus interesses —, não deixando à discricionariedade dos sócios, mesmo perante uma tão justa causa, a possibilidade de privarem o sócio do direito de se desvincular mediante exoneração.

A orientação que subjaz à Reforma reforça, com certeza, este entendimento. O assumido propósito de dispensar a *máxima tutela* — e a tutela *mais adequada* e por isso *mais flexível* — aos interesses do maior não pode virar-se, afinal, *contra ele*, na sua qualidade de sócio de uma responsabilidade ilimitada. Permitir-se-ia que os outros sócios, prosseguindo os seus próprios interesses, excluíssem da sociedade o maior acompanhado; mas já não se permitiria que este, para salvaguarda do conteúdo útil essencial da sua posição, se exonerasse! Ao maior acompanhado impor-se-ia a permanência na sociedade se tal se mostrasse do interesse dos restantes sócios, mas nada relevaria saber se essa mesma permanência conflituava com o interesse do acompanhado.

Em suma: sem alterar o regime legal da exoneração de sócio, a Reforma, pelo espírito que lhe subjaz, veio reforçar os argumentos no sentido de que o elenco de justa causa de exoneração *não é taxativo* e o entendimento de que, portanto, o acompanhamento do sócio *pode* constituir justa causa de exoneração²¹.

²¹ Porém, tal como deixou de ser automática a exclusão em caso de acompanhamento de maior, também não será automático o direito de exoneração: terá de, *em face das concretas circunstâncias do caso*, avaliar-se a existência de uma justa causa para o sócio se exonerar.

3. O artigo 414.º-A, n.º 1, al. j), csc

3.1. Enquadramento geral

Foi também dada uma nova redacção ao artigo 414.º-A, n.º 1, al. j), csc. Onde antes se lia que não podem ser eleitos ou designados membros do conselho fiscal, fiscal único ou revisor oficial de contas “os interditos, inabilitados (...)”, passou a ler-se que tal “incompatibilidade” impende sobre “os maiores acompanhados dependentes de representação ou de autorização prévia para a prática de atos patrimoniais (...)”.

A primeira diferença que ressalta no novo regime decorre de a proibição ter passado a impender apenas sobre *uma parte* dos maiores impossibilitados de exercerem plena, pessoal e conscientemente os seus direitos. Com a nova redacção do preceito, a “incompatibilidade” versa unicamente sobre os maiores acompanhados a quem o tribunal tenha estabelecido o regime da representação geral ou especial, a administração total ou parcial de bens pelo acompanhante ou a necessidade de autorização prévia para a prática de determinados atos ou categorias de atos (alíneas *b*), *c*) e *d*)²² do artigo 145º, nº 2, CCiv).

Apesar de o anteprojeto não expor o motivo da nova redacção dada a esta norma, parece claro um duplo propósito:

- i) Por um lado, não inibir o maior acompanhado do exercício de funções para lá do justificado pela sua situação pessoal concreta;
- ii) Por outro lado, vedar que o exercício de importantes funções de fiscalização das sociedades anónimas seja co-

²² E porventura também a alínea *e*), dependendo do conteúdo concreto da medida decretada (por exemplo, a exigência de o maior, podendo celebrar negócios pessoalmente e sem necessidade de autorização, todavia ter de o fazer com a presença do acompanhante).

metido a pessoas que, conforme decorre de uma sentença judicial, não gozam das condições pessoais necessárias para assegurar o cumprimento dos seus deveres legais e estatutários.

A conciliação destes dois propósitos foi alcançada através do recorte, no universo dos limites que o regime do maior acompanhado pode trazer ao exercício de direitos, daqueles que devem obstar ao exercício das funções de membro do conselho fiscal. E, portanto, tornando outros eventuais limites à atuação do maior acompanhado não impeditivos do cargo. Em suma, o maior acompanhado pode ser membro do conselho fiscal contanto não se encontre dependente de representação ou de autorização prévia para a prática de *atos patrimoniais*.

Trata-se de uma solução idêntica à acolhida pelo legislador alemão no § 100 da *AktG*, que fixou como requisito subjetivo para integrar o *Aufsichtsrat* não estar sujeito, em parte ou na totalidade, a consentimento para a prática de atos sobre o seu património. A doutrina alemã sublinha que, incidindo a limitação apenas sobre a prática de atos de natureza pessoal, não existe obstáculo a integrar o órgão²³.

Compreende-se o recorte que o legislador efetuou: um limite na esfera de atos meramente pessoais não contende com o exercício das competências e com os deveres inerentes a um órgão de fiscalização de uma sociedade anónima, pelo que não deverá impedir o maior acompanhado de ocupar tal cargo. No fundo, projeta-se no regime do direito societário a *flexibilidade* e a *adequação* que inspira o novo regime do maior acompanhado, limitando-se, apenas na medida (*hoc sensu*) do *necessário*, a capacidade de exercício do sujeito. Compreensivelmente, por razões de certeza e de segurança, o legislador estabeleceu *em abstracto* o critério que traça a

²³ Cfr., por exemplo, SIMONS, in *Hölter's Aktiengesetz*, 3. Aufl., München: C. H. Beck, 2017, § 100, anot. 7.

fronteira, elegendo para esse efeito o facto de o maior estar ou não limitado na prática de atos patrimoniais. Sendo a sociedade anónima uma pessoa coletiva destinada ao exercício de uma atividade económica e o seu fim o incremento patrimonial, justifica-se que a patrimonialidade dos atos seja o critério diferenciador.

O regime do artigo 414.º-A aplica-se, por remissão, a outros órgãos de fiscalização da sociedade anónima, quando esta adopte diferente estrutura de governo: a comissão de auditoria (artigo 423.º-B, n.º 3, csc) e o conselho geral e de supervisão (artigo 434.º, n.º 4). O maior acompanhado que não possa integrar o conselho fiscal da sociedade anónima também não poderá, portanto, integrar a comissão de auditoria ou o conselho geral e de supervisão.

E não poderá igualmente pertencer o conselho fiscal de sociedades de *outro tipo* — sociedades por quotas e sociedades em comandita por acções²⁴ —, mercê de normas que remetem para a aplicação do regime do conselho fiscal da sociedade anónima (respetivamente, os artigos 262.º, n.º 1, e 478.º).

3.2. Confronto do artigo 414.º-A, n.º 1, al. j), com o artigo 414.º, n.º 3, csc

A nova redacção da al. j) do artigo 414.º-A, n.º 1, é desconforme com o disposto no artigo 414.º, n.º 3, onde se exige, para as pessoas singulares que integrem o conselho fiscal,

²⁴ Não está expressamente prevista na lei a existência de órgão de fiscalização nas sociedades em nome coletivo, nem nas sociedades em comandita simples. Mas nada obsta a que os estatutos de tais sociedades prevejam a existência de tal órgão, caso em que a referida norma lhe será aplicável, por analogia com o disposto no artigo 262.º, n.º 1, csc: o conselho fiscal não é de constituição obrigatória nas sociedades por quotas, mas, exercendo os sócios a sua liberdade de o preverem nos estatutos, então aquele terá de obedecer ao regime legal que o rege na sociedade anónima.

a “capacidade jurídica plena”. Na versão anterior a agosto de 2018, a redacção deste preceito tornava, de facto, em parte redundante a al. *j*) do artigo 414.º-A, n.º 2: se os membros do conselho fiscal têm de ser “pessoas com capacidade jurídica plena” — a não ser que se trate de sociedade de advogados ou de revisores oficiais de contas (414.º, n.º 3, 1.ª parte) —, não poderiam ser nem interditos nem inabilitados (além de não poderem ser menores de idade). A proibição do artigo 414.º, n.º 1, al. *j*), na verdade, nada acrescentava ao disposto no artigo 414.º, n.º 3 — embora tão-pouco colidisse com esta norma.

Já o mesmo não poderá afirmar-se em face da nova redacção dada a este preceito pela Lei n.º 49/2018. Com efeito, a al. *j*) do artigo 414.º-A, n.º 1, apenas impede o exercício do cargo no conselho fiscal ao maior acompanhado “dependente de representação ou de autorização prévia para a prática de atos patrimoniais”. O que significa que outras limitações à sua *capacidade* — respeitantes, por exemplo, a atos de natureza *apenas pessoal* (admitidas pelo artigo 147.º, n.º 1, *in fine*, CCiv) — não se inscrevem no âmbito da proibição do artigo 414.º-A, n.º 1, al. *j*).

Contudo, se existirem tais limites, ainda que cingidos à prática de atos não patrimoniais, não poderá dizer-se que o maior acompanhado goza de uma “capacidade jurídica plena”²⁵ e, portanto, não estará cumprido *literalmente* o requisito estabelecido no artigo 414.º, n.º 3. O maior acompanhado sujeito a um regime que limite a sua livre prática de atos de

²⁵ Embora a lei tenha deixado de qualificar o acompanhado como um “incapaz”, existem fortes e decisivas razões para entender que, embora em medida (muito) variável, deva continuar-se a qualificar como incapacidade a situação em que o acompanhado pode encontrar-se, desde logo em virtude de ter sido decretado algum dos regimes previstos no artigo 145.º CCiv. Genericamente neste sentido, *vide* António Pinto MONTEIRO, “Das incapacidades ao maior acompanhado”, 78s.; Mafalda Miranda BARBOSA, *Maiores Acompanhados*, 62 s.; e Paulo Mota PINTO, “Valor jurídico dos atos do maior acompanhado”, neste volume.

natureza *pessoal* não estaria impedido de integrar o conselho fiscal *com base no disposto no artigo 414.º-A, n.º 1, al. j)*..., mas não cumpriria o requisito subjetivo estabelecido no artigo 414.º, n.º 3, e, portanto, não poderia ser, afinal, membro do conselho fiscal. De sorte que, na prática, o recorte desenhado pelo legislador no artigo 414.º-A, n.º 1, al. j) — com o qual se procurou cingir a “incompatibilidade” apenas a certos casos de acompanhamento de maior — estaria prejudicado pelo requisito subjetivo de caráter mais exigente plasmado no artigo 414.º, n.º 3 (pessoa singular com capacidade jurídica plena).

A contradição que entre as duas normas se detecta não pode deixar de ser ultrapassada com *primazia do novo regime*. O disposto no artigo 414.º, n.º 3, deve ser entendido à *luz deste novo regime* — e da linha orientadora essencial de cercear a capacidade do maior acompanhado *apenas na medida estritamente necessária* (princípio da necessidade)²⁶ —, entendendo-se a referência à “capacidade jurídica plena” como respeitando à capacidade jurídica para a prática daqueles atos que relevam na vida de uma sociedade: os atos de natureza patrimonial. Ao disposto no 414.º-A, n.º 1, al. j), o artigo 414.º, n.º 3, acrescenta a situação de *menoridade*: mas apenas esta. O maior acompanhado só não poderá exercer funções de membro do conselho fiscal se, tal como prescreve o artigo 414.º, n.º 1, al. j), estiver “dependente de representação ou de autorização prévia para a prática de atos patrimoniais”.

Deste modo, a exigência constante do artigo 414.º, n.º 3, deve sujeitar-se a uma interpretação *restritiva*, que permita salvaguardar um sentido útil à alteração introduzida pelo legislador na redacção do artigo 414.º-A, n.º 1, al. j).

²⁶ Neste sentido, cfr. António Pinto MONTEIRO, “Das incapacidades ao maior acompanhado”, 73 e 82; António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. IV, 5.º ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 559, Mafalda Miranda BARBOSA, *Maiores Acompanhados*, 50; e Paulo Mota PINTO, “Valor jurídico dos atos do maior acompanhado”, neste volume.

Em suma, as duas normas, tal como sucedia antes, não têm âmbitos exatamente coincidentes:

- i) o sentido útil do artigo 414.º, n.º 3, é vedar aos *menores* a participação no conselho fiscal;
- ii) constando do artigo 414.º-A, n.º 1, al. j), a limitação ao exercício de funções por pessoas *maiores* de idade.

Antes, era sobre os *incapazes interditos e inabilitados* que impedia esta limitação; presentemente, é apenas sobre os *maiores acompanhados “dependentes de representação ou de autorização prévia para a prática de atos patrimoniais”*.

3.3. O regime dos gerentes e administradores

Até à Reforma, o regime do CSC sobre os requisitos subjetivos para integrar um órgão societário tanto de *administração*, quanto de *fiscalização*, embora não sendo *literalmente idêntico* para estes dois grupos de órgãos, era, em substância, *homogêneo*. De facto, a qualidade de *gerente* (de uma sociedade por quotas²⁷) e a *qualidade* de administrador de uma sociedade anónima encontra-se reservada para as pessoas singulares com “capacidade jurídica plena” (cfr., respetivamente, artigos 252.º, n.º 1, 390.º, n.º 3, CSC).

Conforme referimos, o acesso ao conselho fiscal, a par de uma referência geral de teor idêntico àquela aplicável aos gerentes

²⁷ Quanto às sociedades em nom coletivo, o regime fixado no artigo 191.º, n.º 3, CSC apresenta uma *nuance*. Embora se proíba que uma pessoa coletiva seja gerente — o que equivale a exigir que se trate de pessoa singular —, prevê-se expressamente a possibilidade de, nesse caso, o sócio-pessoa coletiva “nomear uma pessoa singular para, em nome próprio, exercer esse cargo” (sobre este regime *vide* Alexandre Soveral MARTINS, in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, 130s.). Regime que não corresponde ao expressamente previsto para a sociedade por quotas (sobre este, *vide* por exemplo, Ricardo COSTA, in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. IV (Artigos 246.º a 270.º-G); Jorge Manuel Coutinho de Abreu, coord., 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, 81 s.).

e administradores — “pessoas singulares com capacidade jurídica plena” (artigo 414.º, n.º 3) —, estava ainda sujeito à “incompatibilidade” prescrita para os “interditos ou inabilitados” (artigo 414.º-A, n.º 1, al. j), na redacção anterior a agosto de 2018).

Ainda que em termos distintos, o problema que identificámos anteriormente a respeito do atual regime do conselho fiscal repete-se quanto aos gerentes das sociedades por quotas e aos administradores das sociedades anónimas. Na verdade, a referência que persiste à “capacidade jurídica plena” tem uma de duas implicações:

- i) Ou se entende que estão excluídos do exercício daquelas funções além dos incapazes por menoridade, todos os maiores acompanhados a quem tenha sido fixada *uma qualquer limitação à sua capacidade*;
- ii) Ou se entende, de harmonia com o disposto no artigo 414.º-A, n.º 1, al. j), que somente certas limitações à prática de atos pelo maior acompanhado o impedem de exercer funções de gerente ou de administrador.

No direito alemão, onde o nosso legislador colheu importante inspiração, o regime a aplicar em caso de maior acompanhado (*Betreute*) é sempre o mesmo, quer se trate do órgão de fiscalização de uma sociedade anónima (§ 100 *AktG*) ou do órgão de administração seja de uma sociedade anónima (§ 76 *AktG*), seja de uma sociedade por quotas (§ 6 *GmbHG*)²⁸. A lei é explícita a este respeito, tendo o legislador usado *os mesmos termos* para recortar os requisitos que a pessoa singular há de preencher.

²⁸ Vide, por exemplo, Hans-Joachim MERTENS / Andreas CAHN, in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2/1, 3. Aufl., Carl Heymanns, 2010, § 76, anot. 117; Hans-Joachim MERTENS / Andreas CAHN, in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2/2, 3. Aufl., Köln/Berlin/München: Carl Heymanns, 2013, § 100, anot. 7, Uwe SCHNEIDER / Sven SCHNEIDER, in *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Band I, Dr. Otto Schmidt, 11. Aufl., Köln: Dr. Otto Schmidt, 2012, § 6, anot. 23.

Não foi esta a orientação seguida entre nós, tendo o legislador optado por modificar apenas as normas do Código das Sociedades Comerciais que invocassem diretamente o instituto da *interdição* ou da *inabilitação*, mas deixando intocadas aquelas outras normas que, sem convocarem literalmente tais institutos, se conexionavam com eles. Encontram-se neste grupo os preceitos que exigem a “capacidade jurídica plena”: antes esta exigência excluía os interditos e os inabilitados — por não gozarem de capacidade jurídica plena —, mas não é claro que, em face do novo regime, deva excluir todos aqueles maiores acompanhados que, *em alguma medida*, têm a sua capacidade limitada.

Não temos dúvidas de que o espírito da Reforma está plasmado na nova redacção dada ao artigo 414.º-A, n.º 1, al. *j*), e só uma interpretação conforme com esse novo regime deve ser admitida. A não ser assim, os requisitos legais para o exercício de um cargo de gerente não só seriam *mais exigentes* do que os aplicáveis à fiscalização de uma (grande) sociedade anónima — posto que qualquer limite à capacidade obstaría ao exercício do cargo de administração, mas apenas certos limites impediriam o exercício de funções de fiscalização —, como (e sobretudo!) se mostrariam infundadamente restritivos do exercício o mais pleno possível pelo maior acompanhado de todos os seus direitos. Ora, caso o tribunal não tenha encontrado razões para limitar a prática de atos de natureza patrimonial — isto é, caso o tribunal não tenha encontrado razões para inibir o maior de gerir a sua esfera *patrimonial* —, não se vislumbra, em abstrato, que possa então haver razão para o impedir de exercer um cargo de gerência ou de administração da sociedade.

Dir-se-á, com certeza, que a gestão do património próprio — aquela que o tribunal considerou — pode figurar-se no caso concreto muito simples, essencialmente passiva e que daí não pode inferir-se que o maior acompanhado já está igualmente apto a gerir uma empresa, porventura de grande dimensão ou muito complexa.

Por certo que é assim. Mas trata-se de matéria que se coloca já num outro plano: o da necessidade de se exigir uma habilitação concretamente adequada às exigências que cada

empresa societária — pela sua dimensão, pela complexidade da atividade, pela exigência técnica, etc. — pode reclamar. Contudo, como bem se sabe, ressalvados certos regimes excepcionais — mormente, no domínio financeiro —, a lei não estabelece um requisito de habilitação técnica e de adequação de competências e de capacidades para alguém poder ser provido no cargo de gerente ou de administrador de uma sociedade. Esse é um domínio deixado à autonomia dos sócios, embora não possa excluir-se o seu controlo, desde logo, mediante a aplicação do regime do abuso de direito.

De todo o modo, e para terminar, a interpretação dos artigos 262.º e 390.º csc, na parte em que exigem a capacidade jurídica plena para o exercício do cargo de gerente ou de administrador tem de fazer-se *de harmonia com o novo regime trazido pela reforma*, mormente com a nova redacção do artigo 414.º-A, n.º 1, al. *j*), csc. Assim, para tais efeitos, não está dotado de “capacidade jurídica plena” quem seja *menor*, bem como (*mas apenas*) o *maior acompanhado* “dependente de representação ou de autorização prévia para a prática de atos patrimoniais”.

Referências Bibliográficas

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2015; 6.ª ed.: 2019.
- BARBOSA, Mafalda Miranda, *Maiores Acompanhados*, 1.ª ed., Coimbra: GestLegal, 2018.
- CORDEIRO, António Menezes, “Da situação jurídica do maior acompanhado — Anteprojeto de reforma”, *Revista de Direito Civil* 3/4, Coimbra: Almedina, (2018) 687-742.
- CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Sociedades II*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2014.
- *Tratado de Direito Civil*, vol. IV, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019.
- CORREIA, Luís Brito, *Direito comercial*, II, Lisboa: AAFDL, 1989.
- COSTA, Ricardo, in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. IV (Artigos 246.º-270.º-G), 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017.

- CUNHA, Carolina, “A exclusão de sócios”, in *Problemas do Direito das Sociedades*, 2002, 201-233.
- [Artigos 175.º-245.º], in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. III 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016.
- FONSECA, Tiago Soares da, *O Direito de Exoneração do Sócio no Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2008.
- FRADA, M. Carneiro da, in *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2011.
- FRANÇA, Maria Augusta, “Direito à exoneração”, in *Novas perspectivas do direito comercial*, Coimbra: Almedina, 1988, 207-227.
- ESPÍRITO SANTO, João, *Exoneração do sócio no direito societário-mercantil português*, Coimbra, 2014.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, III, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2006.
- *Pressupostos da exclusão de sócio nas sociedades comerciais*, Lisboa, A.A. F.D.L., 1995.
- LIMA, Pires de / VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- MARTINEZ, Pedro Romano, *Da cessação do contrato*, 2.ª ed. Almedina, Coimbra, 2006.
- MERTENS, Hans-Joachim / CAHN, Andreas, in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2/1, 3. Aufl., Carl Heymanns, 2010.
- in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2/2, 3. Aufl., Köln / Berlin / München: Carl Heymanns, 2013.
- MONTEIRO, António Pinto, “Das incapacidades ao maior acompanhado — Breve apresentação da Lei n.º 49/2018”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 148/4013 (2018) 72-83.
- NUNES, A. J. Avelãs, *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*, Coimbra: Almedina, 2002, reimpr. da ed. de 1968.
- SCHNEIDER, Uwe / SCHNEIDER, Sven in *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Band I, 11. Aufl., Köln: Dr. Otto Schmidt, 2012.
- SERENS, Manuel Nogueira, “Notas (Breves) sobre a Exoneração e a Exclusão de Sócios da Sociedade Civil e da Sociedade em Nome Colectivo”, in *Boletim de Ciências Económicas: Homenagem ao Prof. Doutor António Avelãs Nunes* 57/3 (2014) 3203-3226.
- SIMONS, Cornelius in *Hölters Aktiengesetz*, 3. Aufl., München: Beck, 2017.
- VENTURA, Raúl, *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo*, Coimbra: Almedina, 1994.

O REGIME DO ACOMPANHAMENTO: DA INCAPACIDADE À CAPACIDADE?¹

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

I. A lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, veio revogar os institutos da interdição e da inabilitação e consagrar o regime

¹ O texto que agora se publica corresponde, com pequenas alterações e aditamentos, à nossa intervenção no colóquio sobre *O novo regime do maior acompanhado*, que teve lugar no dia 13 de Dezembro de 2018, na Faculdade de Direito de Coimbra. A nossa comunicação se aproximou muito (acrescentando, contudo, alguns pontos e eliminando outros) daqueloutra que tínhamos proferido na ação de formação contínua dedicada ao novo regime dos maiores acompanhados, que teve lugar no dia 11 de Dezembro de 2018, no Centro de Estudos Judiciários, cujo texto também será publicado.

Para outras considerações, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Maiores acompanhados. Primeiras notas depois da aprovação da lei nº 49/2018, de 14 de Agosto*, Gestlegal, 2018. No estudo que agora se publica, cujo âmbito e intencionalidade diferem dos do que citamos, aprofundamos alguns argumentos em relação a alguns pontos mais críticos da nova disciplina legal. Terá, no entanto, limitações, decorrentes do facto de procurarmos manter a fidelidade a um registo oral.

do acompanhamento de maiores². Fê-lo para dar resposta a muitos problemas que se vinham fazendo sentir. Procuraremos dar conta das soluções agora encontradas, refletindo sobre se seria possível encontra-las no seio dos regimes pretéritos, e sublinharemos outros (novos) problemas a que entretanto somos conduzidos.

II. Antes da entrada em vigor da lei (que ocorrerá em Fevereiro de 2019), os portadores de uma anomalia psíquica, os surdos-mudos, os cegos, os pródigos, os que abusassem do consumo de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes podiam ser, no termo de um processo (de interdição ou de inabilitação, consoante os fundamentos e, no caso de dizerem respeito a ambas as incapacidades, consoante a gravidade dos mesmos), considerados incapazes de exercício de direitos ou ver a sua capacidade limitada, em ambos os casos para proteção dos próprios. A regra, agora, é a da capacidade de exercício de todos os que sejam maiores de dezoito anos, não se admitindo situações genéricas de incapacidade a partir do momento em que o sujeito atinge a maioridade.

Tal não equivale, é bom de ver, a uma falta de proteção da pessoa. Prevêem-se medidas de acompanhamento que visam garantir a salvaguarda dos interesses dos sujeitos em questão, quando se mostrem impossibilitados, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de cumprir os seus deveres.

Mas há uma inversão dos termos da equação: da incapacidade passamos para a capacidade. E se a seu tempo poderemos concluir que, afinal, o acompanhamento de maiores pode

² Cf., a este propósito, A. Menezes CORDEIRO, “Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores”, *Revista de Direito Civil* III/3 (2018) 473 s.

redundar na total incapacitação do sujeito, convém referir que a “revolução copernicana” a que se assiste não pode deixar de ter consequências prático-dogmáticas que se traduzem, afinal, na modelação do próprio regime.

III. São três as ideias chave que presidem ao novo regime. Com a Lei n.º 49/2018, deixa de ser possível determinar uma incapacidade genérica, de forma automática. As medidas de acompanhamento são determinadas pelo juiz em função das necessidades concretas do sujeito, consagrando-se um princípio de necessidade, nos termos do artigo 145.º CC. Por outro lado, o acompanhamento rege-se por uma ideia de subsidiariedade, só tendo lugar quando as finalidades que com ele se prosseguem não forem garantidas através do cumprimento de deveres gerais de cooperação e assistência. Por fim, o acompanhamento é pensado de modo a salvaguardar ao limite a vontade do beneficiário, de acordo com uma ideia de autonomia, o que se comprova também por três notas: o acompanhamento é requerido, em regra, pelo futuro acompanhado ou com o seu consentimento; o acompanhante é, em regra, escolhido pelo acompanhado; e é possível celebrar-se um mandato com vista ao acompanhamento.

IV. Estas três ideias centrais na modelação do regime do acompanhamento de maiores libertam-nos da necessidade de uma previsão taxativa e típica dos fundamentos de aplicação da ou das medidas em causa. Na verdade, a taxatividade a que eramos conduzidos no quadro do regime da interdição e da inabilitação justificava-se pelo facto de estas soluções implicarem de forma generalizante a supressão ou a limitação da capacidade de exercício do sujeito. Sendo esta uma decorrência da capacidade de gozo que o ordenamento jurídico reconhece a todas as pessoas em nome da ineliminável dignidade ética que as predica, entendia-se que o regime só não contrariaria princípios fundamentais do ordenamento

jurídico se, sendo estabelecido em nome da proteção do próprio incapaz, se restringisse às hipóteses em que fosse imprescindível ter alguém a atuar ao lado ou em vez do maior. Se, no passado, o caráter gravoso das medidas — a importar a privação ou a restrição da capacidade de exercício — impunha um cumprimento rigoroso de uma ideia de proporcionalidade e necessidade que passaria, imperiosamente, pela natureza excecional dos remédios, a apontar para a tipicidade dos seus fundamentos, agora, não obstante a mesma natureza excecional (e de uma ideia de necessidade que continua a presidir ao regime), porque se parte da capacidade e não da incapacidade e porque se acolhe a vontade do beneficiário, o intérprete não tem de ficar limitado por um elenco rígido de fundamentos. O legislador optou, por isso e bem, pela delimitação do âmbito de relevância do instituto através de conceitos indeterminados.

V. São dois os requisitos para que possa ser decretado o acompanhamento, um de ordem subjetiva e outro de ordem objetiva.

No que ao primeiro respeita, haveremos de considerar *a impossibilidade de exercer plena, pessoal e conscientemente os direitos ou cumprir os deveres*. Em causa está, portanto, a possibilidade de o sujeito formar a sua vontade de um modo natural e são. Por um lado, há-de ter as capacidades intelectuais que lhe permitam compreender o alcance do ato que vai praticar quando exerce o seu direito ou cumpre o seu dever. Por outro lado, há-de ter o suficiente domínio da vontade que lhe garanta que determinará o seu comportamento de acordo com o pré-entendimento da situação concreta que tenha³. Em

³ Pode não ter tal domínio da vontade porque ela está fragilizada ou porque não consegue torna-la atuante. Pense-se, por exemplo, na situação de um tetraplégico ou de uma pessoa que, sofrendo de uma atrofia muscular que não o afeta intelectualmente, não consegue pôr em marcha

suma, trata-se da possibilidade de o sujeito se autodeterminar, no que respeita ao exercício dos seus direitos e ao cumprimento dos seus deveres. A lei prescinde agora dos requisitos da habitualidade, permanência e durabilidade e permite que o acompanhamento seja decretado em relação a um especial domínio da vida do beneficiário e a situações transitórias. Pense-se, por exemplo, no internamento subsequente a um acidente, tratamento ou intervenção cirúrgica, que deixa a pessoa impossibilitada de exercer os seus direitos por um período de tempo relativamente curto. Mas continua a exigir-se uma certa constância, até porque o acompanhamento só será decretado quando não seja possível alcançar as finalidades que com ele se prosseguem através de deveres gerais de cooperação e assistência.

Quanto ao requisito de índole objetiva, exige-se que a impossibilidade para exercer os direitos ou cumprir os deveres se funde em *razões de saúde, numa deficiência ou no comportamento do beneficiário*. Novamente, a formulação afigura-se ampla, dando margem ao julgador para cumprir as finalidades normativas do regime em função das especificidades dos casos com que se depare. A jurisprudência terá, estamos seguros disso, um papel fundamental na densificação deste tríptico de fundamentos. Mas, enquanto os Tribunais (*maxime* os Tribunais superiores) não se pronunciarem judicativamente sobre estas questões, cabe à doutrina ensaiar algumas respostas. Para tanto, será fundamental quer o conhecimento da base sociológica que subjaz à disciplina jurídica em apreço, quer do quadro regulativo anterior.

Nas razões de saúde integram-se quer as patologias de ordem física, quer as patologias de ordem psíquica e mental. Parece, portanto, haver um alargamento em relação ao quadro

a sua vontade, de modo que dela se poderá dizer que não tem o domínio da vontade que lhe permita determinar o seu comportamento de acordo com o seu entendimento.

de fundamentos das interdições e inabilitações, não se ficando preso a uma ideia estrita de anomalia psíquica. Já no que respeita à deficiência, integram-se na previsão normativa os cegos e os surdos-mudos, a que já se referia o anterior regime das interdições e inabilitações, tal como se integram as deficiências mentais, aí também contempladas. Fundamental é que a deficiência limite o desempenho do sujeito em termos volitivos e/ou cognitivos. Serão, por isso, residuais as situações de cegueira ou surdez-mudez que possam fundar o regime do acompanhamento, na medida em que dificilmente determinarão a limitação da possibilidade de exercer direitos e cumprir deveres, o que não significa que sejam inexistentes. Finalmente, no tocante ao segmento *pelo seu comportamento*, se dúvidas parece não haver quanto à possibilidade de, por essa via, se contemplarem os casos de comportamento pródigo, comportamento condicionado pelo abuso de bebidas alcoólicas e estupefacientes, hesita-se em saber se o regime se queda nestas hipóteses ou se permite que outros comportamentos inviabilizadores do exercício de direitos e do cumprimento de deveres possam ser tidos em conta para efeitos de decretamento do acompanhamento. Ora, como não estamos balizados, na tarefa interpretativa, por um princípio de tipicidade que limite a autónoma constituição normativa, parece que podemos ir, orientados por este critério-guia, além das hipóteses clássicas de prodigalidade, de consumo de bebidas alcoólicas e de estupefacientes. Fundamental é que o comportamento concreto se repercuta na impossibilidade de exercer direitos e cumprir deveres, isto é, que o comportamento seja causa, em concreto, pelo menos num domínio específico da vida, da falta de autodeterminação da pessoa. Pense-se por exemplo no sujeito A que é viciado em jogo, condicionando a gestão dos seus interesses patrimoniais por causa dessa adição, que curiosamente talvez já pudesse ser assimilado, outrora, pelo âmbito de relevância da inabilitação, atenta a insuscetibilidade metodologicamente comprovada de se dar cumprimento à

proibição de aplicação analógica de normas excepcionais (por não ser possível cindir a interpretação da analogia e por a interpretação extensiva ser, afinal, um resultado interpretativo a desconsiderar, substituindo-se pela extensão teleológica que é, em si mesmo, analogia)⁴. Mas pense-se também no caso decidido pelo Ac. STJ de 29 de Abril de 2003, no qual estava em causa um défice cultural evidente determinado por uma vida dedicada à pastorícia e gerador de dificuldades óbvias de atuação no tráfico negocial. Se outrora foi recusada (e bem) a inabilitação, podemos agora pensar que, se o défice cultural tiver sido causado por um comportamento do próprio sujeito, é plausível pensar-se no acompanhamento a este propósito.

Na determinação do âmbito de relevância do acompanhamento, haveremos de ter em conta uma outra ideia. O regime é edificado com base num princípio de subsidiariedade. Visando assegurar o bem-estar e a recuperação do maior, garantir o pleno exercício dos seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, a medida de acompanhamento só é decretada quando as finalidades que com ela se prosseguem não sejam garantidas através dos deveres gerais de cooperação e assistência, o que significa que, independentemente da verificação dos requisitos subjetivo e objetivo da medida de acompanhamento, pode não se justificar normativamente a nomeação de um acompanhante. Por último, reforçamos uma nota: porque a ideia não é incapacitar o sujeito, mas auxiliá-lo, dando-lhe o apoio necessário, para que exerça na plenitude a sua capacidade jurídica, o intérprete deixa de estar preso a uma lógica de taxatividade, o que torna viável uma maior

⁴ Para uma consideração da eventual possibilidade de, no quadro do anterior regime da inabilitação, se poder chegar a uma solução próxima, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Maiores acompanhados. Primeiras notas depois da aprovação da Lei nº49/2018, de 14 de Agosto*, Gestlegal, 2018, 9 s. Sobre a questão metodológica tratada em texto, cf. A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica — Problemas fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

flexibilidade. Acresce que o acompanhamento é decretado a pedido do beneficiário ou mediante sua autorização. Assim sendo, o julgador poderá ser menos restritivo. E se é verdade que, em situações residuais, a mencionada autorização pode ser suprida pelo tribunal e que, noutras, o Ministério Público pode requerer o acompanhamento independentemente de autorização, então, haveremos de reservar para essas hipóteses um maior rigor no controlo dos fundamentos da adoção da medida. Institui-se, portanto, um sistema móvel, em que a falta de manifestação de vontade por parte do acompanhado deve ser compensada por uma maior exigência na verificação dos requisitos que se analisam neste ponto expositivo.

VI. O alargamento dos fundamentos do acompanhamento de maiores é compensado pela menor rigidez do conteúdo desse mesmo acompanhamento. Este conteúdo não está definido *a priori* e não decorre automaticamente da lei. Pode ir de um mínimo a um máximo, mas, em todo o caso, é o juiz que determina em concreto, em função das necessidades particulares do sujeito, a sua modelação. O acompanhamento corresponde, na expressão de Pinto Monteiro, a um *fato à medida*⁵ e, assim sendo, o desenho concreto que conheça fica dependente das necessidades específicas do acompanhado.

Inultrapassável é, com efeito, a regra segundo a qual o acompanhamento se deve limitar ao necessário. Orientado por este padrão de necessidade, o Tribunal pode atribuir ao acompanhante um ou vários poderes, consoante o que seja requerido pela concreta situação do acompanhado, fazendo, assim, intervir diversos regimes jurídicos. Entre as funções

⁵ A. Pinto MONTEIRO, “O Código Civil Português entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 146/4002 (2017). No mesmo sentido, cf. A. Menezes CORDEIRO, “Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores”, 542.

que se podem atribuir ao acompanhante, destacam-se, nos termos do artigo 145.º/2 CC, o exercício das responsabilidades parentais ou dos meios de as suprir; a representação geral ou especial, com indicação expressa, neste caso, das categorias de atos para que seja necessária; a administração total ou parcial de bens; a autorização prévia para a prática de determinados atos ou categorias de atos; intervenções de outro tipo.

Significa isto que as situações de acompanhamento podem ser muito díspares, incluindo situações de assistência ou de representação, que pode chegar a ser genérica. Mesmo nesses casos, o acompanhado conserva, em regra, a capacidade para a celebração de negócios da vida corrente (negócios que a generalidade das pessoas celebra ou para satisfação das necessidades do dia-a-dia ou para satisfação de necessidades que, ultrapassando o quotidiano, fazem ainda parte do ordinário da vida), nos termos do artigo 147.º/1 CC, bem como continua a ter capacidade de exercício no tocante a direitos pessoais, embora a decisão judicial ou a lei possam determinar a exclusão da capacidade nestes casos.

O n.º 2 do artigo 147.º CC oferece um elenco exemplificativo de direitos pessoais: direito de casar, de constituir uma união de facto, de procriar, de perfilhar, de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher a profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar. Quanto a estes direitos de natureza pessoal, há a destacar duas notas. Em primeiro lugar, há mais direitos pessoais do que aqueles que são referidos pelo legislador no citado artigo 147.º/2 CC. Em rigor, todos os direitos de personalidade podem ser qualificados como direitos pessoais, o que significa que, por norma, a limitação voluntária destes direitos pode ser exercida livremente pelo acompanhado, exceto se a decisão judicial decretar o contrário ou a lei dispuser de outro modo. Em segundo lugar, importa ter em conta os artigos 1601.º, 1850.º e 2189.º CC. Referindo-se a direitos previstos no citado

n.º 2 do artigo 147.º CC, e lidando com a capacidade de gozo de direitos, as alterações verificadas nas respetivas normas permitem-nos dizer que a reforma introduzida pela Lei n.º 49/2018 também alargou a própria capacidade de gozo dos sujeitos. É que, enquanto no anterior regime a previsão era, genericamente, a da incapacidade para testar dos interditos por anomalia psíquica, da incapacidade para perflhar dos interditos por anomalia psíquica, e a incapacidade para casar dos interditos e inabilitados por anomalia psíquica, agora a incapacidade fica dependente de ser decretada na sentença que estabelece o acompanhamento, isto é, fica dependente da concreta perturbação (e da específica valoração que o juiz dela faça) do acompanhado.

VII. Vistas as coisas, o acompanhado pode sofrer uma restrição tão ampla da sua capacidade que, na prática, fica equiparado a um interdito. Simplesmente, tal só acontece quando as circunstâncias concretas do sujeito o imponham. O que antes era a regra, hoje é a exceção. A este propósito, sublinhe-se que o juiz, em concreto, pode limitar até a possibilidade de celebrar negócios da vida corrente e o exercício dos direitos de natureza pessoal. A questão que se impõe é se esta solução seria, na prática, muito diferente daquilo que resultaria do regime anterior.

No que aos negócios da vida corrente diz respeito, o artigo 127.º/1 *b*) CC, prevendo que são excecionalmente válidos os negócios da vida corrente do menor, que estejam ao abrigo da sua capacidade natural e envolvam despesas de pequena importância, era aplicável, por remissão do legislador, ao interdito ou ao inabilitado. Significa isto que já anteriormente o sujeito privado da sua capacidade de exercício poderia celebrar negócios da vida corrente, desde que ao abrigo da sua capacidade natural. Ora, não se exigindo agora o requisito da capacidade natural, há que reconhecer que o juiz em concreto pode excluir da capacidade de exercício do sujeito a celebração

deste tipo de negócios. Onde a diferença será apenas a da referência à importância dos bens objeto do negócio.

No tocante aos direitos de natureza pessoal, importa recordar que a limitação da capacidade de gozo não existia para todos os interditos e inabilitados; os inabilitados mantinham a capacidade de exercício no tocante à esfera pessoal (uma vez que apenas se mostravam impossibilitados de reger os seus bens); os interditos podiam, se justificado, exercer alguns direitos pessoais (numa flexibilização que era obtida por via de uma mobilização adaptativa do artigo 127.º CC, que aliás continua a ser defendida para o caso dos menores). Ora, talvez estas sejam as situações em que, de facto, se justificaria a atuação do sujeito. Fora delas, pensar na capacidade talvez seja ficcionar uma capacidade que não existe, desprotegendo o sujeito. Mas, se assim é, então, talvez se vá constatar uma coincidência prática entre as soluções que eram viabilizadas no passado e aquelas que chegaremos agora se o juiz, em concreto, limitar a capacidade.

Mas há que reconhecer que, porque o exercício dos direitos de personalidade está umbilicalmente ligado à pessoa (a não ser que em causa esteja a limitação voluntária desses direitos ou a sua defesa em face da agressão de terceiros), o mais provável é que o juiz não limite o seu exercício em concreto, sobretudo quando em causa esteja a simples liberdade genérica de ação o que, contrariamente ao que ocorreria no quadro dos regimes anteriores, pode conduzir à necessidade de repensar o âmbito do próprio artigo 491.º CC e da responsabilidade que, por via do preceito, pode ser assacada a quem tenha o dever de vigilância sobre o naturalmente incapaz. É que mesmo não se confundindo o naturalmente incapaz com o incapaz de exercício de direitos, há situações em que, porque o sujeito reclamará a sua liberdade de movimentos ou de ação, o âmbito de um eventual dever de vigilância se pode reduzir.

VIII. O acompanhante pode, assim, ter de assistir ou representar o acompanhado. E o novo regime acaba por estabelecer limites para a atuação do próprio acompanhante. No que diz aos atos de disposição de bens imóveis, determina o artigo 145.º/3 CC que eles carecem sempre de autorização judicial específica. Tratando-se de um ato do acompanhante em nome do acompanhado, tal já resultava das regras do artigo 1938.º CC, conjugado com o artigo 1889.º CC. Estes preceitos são, aliás, mais amplos. De facto, enquanto a norma do artigo 145.º/3 CC fala da disposição⁶ de bens imóveis, o artigo 1938.º/1 a) CC refere-se à alienação e oneração de bens não suscetíveis de deterioração. E, embora o conceito de disposição pareça ser, em certa medida, mais amplo do que o de alienação, as restantes alíneas dos artigos citados contemplam hipóteses que se integrariam no conceito de disposição⁷. A verdade é que os preceitos em questão se continuam a aplicar ao maior acompanhado, não pela equiparação ao menor — que inexistente

⁶ O conceito de ato de disposição não se confunde com o de ato de alienação. Basta pensar que a doação, configurando uma alienação da coisa, escapa à distinção entre os atos de disposição e os atos de mera administração, por não ser um ato de gestão patrimonial — nesse sentido, cf. Carlos da Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 406 s., em especial 410. Pense-se, ainda, que alguns atos que, sendo considerados atos de disposição (arrendamento superior a 6 anos), não envolvem qualquer alienação e que determinados atos de alienação podem não se configurar como atos de disposição (quanto a estes veja-se, contudo, as demais alíneas dos citados artigos 1889.º e 1938.º). Nessa medida, o recurso às regras da tutela pode ser importante não só pela delimitação mais ampla do objeto em questão, como pela própria natureza do negócio em causa.

⁷ Note-se, porém, que quem compra também celebra um negócio de disposição, donde o artigo 145.º/3 acaba por, nessa perspetiva, parecer mais amplo do que os restantes artigos citados. Mas só nessa perspetiva. O artigo 1938.º/1 b) refere-se à hipótese de aquisição de bens, móveis ou imóveis, como aplicação de capitais do menor. Simplesmente, o preceito parece apontar para uma ideia de negócio aquisitivo de investimento e não para uma mera compra.

— mas por expressa determinação do artigo 145.º/4 CC⁸.

Resta, portanto, a questão de saber se o n.º 3 do artigo 145.º se deve ou não aplicar às situações em que o acompanhante se limita a dar a sua autorização para que o acompanhado atue e aos atos para os quais o acompanhado mantém a sua capacidade. No que aos últimos diz respeito, a resposta há-de ser claramente negativa. Na verdade, se estamos num domínio em que o maior tem capacidade de exercício de direitos, que não foi excecionada pelo juiz em face das peculiaridades do caso, então, haveremos de considerar que aqueles atos em concreto estão fora do âmbito do acompanhamento, não havendo razão para se impor o controlo judicial prévio e específico. Pense-se na hipótese em que A é sujeito a uma medida de acompanhamento em virtude da impossibilidade de exercer pessoalmente determinados direitos, fruto de uma adição de jogo. A compulsão de A para jogar determina que ele dissipe património, o que leva a que o juiz ordene a representação ou a assistência em todos os negócios que envolvam uma alienação de património acima de determinado montante. A celebra com B um contrato de arrendamento por 7 anos, para sua habitação permanente. Lidamos com um negócio de disposição que, não obstante, não está contemplado na sentença. Cremos que em relação a ele não se justifica a necessidade de obtenção de uma autorização judicial prévia e específica.

Mas também no que respeita aos atos do acompanhado autorizados pelo acompanhante, cremos que a resposta deve ser negativa. Integrando-se no âmbito de relevância da previsão do citado preceito, a situação do acompanhado ficaria mais limitada do que a do inabilitado, contra aquela que era a intencionalidade da disciplina normativa. Se o acompanhado

⁸ Também o artigo 1937.º CC continua a ser aplicável. Note-se que, em rigor, a doação não integra o conceito de ato de disposição, por não se tratar de um ato de gestão patrimonial, pelo que, na ausência de previsão expressa, o artigo 145.º/3 CC não contemplaria estas hipóteses.

apenas necessita de assistência, isso significa que ele próprio pode funcionar como controlo da atuação do acompanhante. O artigo 145.º/3 CC visa isso mesmo: impedir abusos por parte do acompanhante (e não o suprimento de qualquer incapacidade pontual, determinada pelo juiz, uma vez que para tanto bastaria a atuação do próprio acompanhante). Simplesmente, a atuação conjunta nas hipóteses de assistência parece afastar a relevância da intencionalidade normativa. Sem que haja qualquer contradição com o artigo 150.º CC. É que agora não se trata de obter a autorização do acompanhado para a celebração válida do negócio jurídico, mas de considerar que, numa situação em que não há conflito de interesses, não se tem de sujeitar o negócio ao crivo do tribunal pelo simples facto de ele incidir sobre um imóvel e configurar um ato de disposição, porque, na ausência daquele conflito, o próprio acompanhado poderá controlar eventuais abusos. Na verdade, a iniciativa negocial é, nestes casos, do acompanhado, recebendo para a validade do negócio a autorização do acompanhante. Vejamos. No caso em que é ordenada a assistência, a vontade do acompanhado está presente e é manifestada e, de acordo com a valoração normativa, ela deve ser ponderada conjuntamente com o interesse. No fundo, desde que não haja uma contrariedade aberta entre interesse e vontade, parece que aquela deve ser salvaguardada. Ora, nestes casos, a iniciativa negocial é do acompanhado (vontade). A autorização do acompanhante salvaguarda o interesse. Mas o próprio acompanhado pode ver se há ou não preterição do seu interesse, abstendo-se de agir em caso afirmativo. A autorização do acompanhante serve, apenas, para refrear a vontade, naquelas hipóteses em que não há uma absoluta ausência de autodeterminação. Não se parece, por isso, justificar o controlo por parte do tribunal. Se assim fosse, estar-se-ia a equiparar, para estes efeitos, as situações de assistência às situações de representação, tendo em conta apenas o interesse. Note-se, aliás, que em caso de conflito de interesses será aplicável o artigo 150.º CC. Ademais, pergunta-se por que

razão se instituiria essa cautela no caso dos bens imóveis e não no tocante a outros bens que podem assumir tanta ou maior importância, atento o fenómeno de desmaterialização da riqueza a que se assiste atualmente. No caso de representação, a vontade do acompanhado está efetivamente ausente. Apenas conta o interesse. Se houver conflito de interesses entre o acompanhante e o acompanhado, aplicar-se-á o artigo 150.º cc. Não havendo, tratando-se de um ato de disposição de bem imóvel, aplicar-se-á o disposto no artigo 145.º/3 cc. Mas a essa solução já se chegaria pela aplicação dos artigos 1889.º e 1938.º cc, com um âmbito mais amplo (é certo que há mais atos de disposição do que atos de alienação, mas também é certo que as restantes alíneas do artigo 1889.º e as alíneas do artigo 1938.º contemplam essas outras hipóteses). Redunda este entendimento num esvaziamento do conteúdo útil do artigo 145.º/3 cc, na medida em que aqueles preceitos são aplicáveis por força do artigo 145.º/4 cc. Não cremos que possa proceder um entendimento segundo o qual este artigo 154.º/4 cc faz uma remissão para os aspetos orgânicos da tutela e não para os poderes do tutor. Não só nada na norma autoriza tal interpretação, como, a não se considerarem aplicáveis aquelas normas, porque, em rigor, a doação não se integra na *summa divisio* entre atos de disposição e atos de mera administração, ela ficaria fora do âmbito de aplicação do artigo 145.º/3 cc, não se podendo mobilizar o artigo 1937.º cc, gerando-se um verdadeiro paradoxo jurídico.

Outras são, aliás, as críticas que podem ser dirigidas ao conteúdo do artigo 145.º/3 cc, como referido acima. Na verdade, por que razão se haveria de restringir a imposição aos bens imóveis, quando atualmente há formas de riqueza tão ou mais importantes que a propriedade imobiliária?

IX. Se, porventura, o acompanhado praticar um dos atos para os quais a sentença definiu que ele deveria ser representado ou assistido, tal negócio é anulável, nos termos do artigo 154.º cc.

Haveremos, porém, de ter em conta diversos momentos para poder afirmar com segurança qual o valor do ato praticado. Assim, se for levado a cabo *depois do registo do acompanhamento*, a anulabilidade avulta sem outros requisitos adicionais. Porém, se praticado *depois de anunciado o início do processo de acompanhamento, mas antes daquele registo*, o ato é anulável, exigindo-se, contudo, que uma decisão final de acompanhamento seja decretada e que tenha causado prejuízo do acompanhado. Estas eram já exigências que o Código Civil formulava para a anulabilidade dos atos praticados pelo interdito ou pelo inabilitado, na pendência do processo, nos termos do anterior artigo 149.º cc, aplicado diretamente (no primeiro caso) ou por remissão do artigo 156.º cc (no segundo caso). Colocava-se, então, o problema de saber se o carácter prejudicial se deveria aferir por referência ao momento da prática do ato ou do ajuizamento, entendendo a melhor doutrina que a referida prejudicialidade se teria de aferir por referência ao primeiro momento — o da celebração do negócio⁹. Assim, e colhendo os ensinamentos da doutrina anterior às alterações introduzidas pela Lei n.º 49/2018, não devem ser tidas em conta as valorizações ou as desvalorizações do bem ou direito posteriores à celebração do negócio.

Já no tocante aos negócios gratuitos, devem ser sempre considerados prejudiciais¹⁰.

Aos atos anteriores ao anúncio do início do processo de acompanhamento, aplicar-se-á o regime da incapacidade acidental. O artigo 154.º/3 cc remete, assim, para o artigo 257.º cc, nos termos do qual “a declaração negocial feita por quem, devido a qualquer causa, se encontrava acidentalmente incapacitado de entender o sentido dela ou não tinha o livre exercício da sua vontade é anulável, desde que o facto seja

⁹ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 237 s.

¹⁰ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 238.

notório ou conhecido do declaratário”, sendo o facto notório “quando uma pessoa de normal diligência o teria podido notar”.

A anulabilidade do negócio celebrado antes do anúncio do início do processo de acompanhamento é, assim, aferida caso a caso, em face das circunstâncias existentes no momento dessa celebração. Exige-se para que ele possa ser anulado, em primeiro lugar, que o sujeito estivesse momentaneamente incapacitado, isto é, que, no momento da prática do ato (momento em que a declaração negocial foi emitida), estivesse incapaz de entender o alcance do seu ato e/ou de determinar a sua vontade de acordo com um pré-entendimento que tivesse, e, em segundo lugar, que esse estado de incapacidade fosse conhecido ou notório da contraparte. Sê-lo-á, quando uma pessoa de normal diligência a teria podido notar.

O artigo 154.º/2 cc dispõe que “o prazo dentro do qual a ação de anulação deve ser proposta só começa a contar-se a partir do registo da sentença”. A referência é feita, obviamente, para o caso dos negócios celebrados durante a pendência do processo de acompanhamento. Contudo, nada mais é esclarecido pelo legislador no tocante a prazos para arguir a anulabilidade, por um lado, nem no tocante à legitimidade para o efeito, por outro lado. E, tratando-se de uma anulabilidade (contrariamente ao que sucederia no âmbito da nulidade), não pode deixar de se enfrentar quer a questão relativa a saber quem pode invocá-la, quer a questão de determinar dentro de que período o poderá fazer.

No regime da interdição e da inabilitação, o problema resolvía-se facilmente por determinação do legislador. Sendo o interdito equiparado ao menor, nos termos do artigo 139.º cc, e aplicando-se ao inabilitado o regime da interdição em tudo o que não fosse expressamente consagrado a propósito da inabilitação, nos termos do artigo 156.º cc, as questões que agora enunciamos eram resolvidas à luz do artigo 125.º cc.

Assim, tendo em conta uma disciplina normativa que determinava a anulabilidade dos atos dos incapazes maiores, quando praticados depois do registo da sentença de interdição ou inabilitação, quando levados a cabo na pendência do processo, desde que a interdição ou inabilitação viessem a ser efetivamente decretadas e o ato causasse prejuízo, quando praticados antes da publicidade da ação, verificados que estivessem os requisitos da incapacidade acidental, considerava-se, no tocante aos negócios celebrados nos dois primeiros períodos, que tinham legitimidade para arguir a sua anulabilidade o representante legal ou o assistente, consoante os casos, no prazo de um ano a contar do conhecimento, mas nunca depois de a incapacidade ter sido levantada; o interdito ou inabilitado, no prazo de um ano a contar do levantamento da interdição ou inabilitação; os herdeiros, no prazo de um ano a contar da morte do incapaz, desde que ela ocorresse antes de esgotado o prazo a que nos referimos em último lugar.

Quid iuris, depois da aprovação da Lei n.º 49/2018?

Perdendo-se a remissão para o artigo 125.º CC, O acompanhado é, para todos os efeitos, tido como capaz, ainda que, em concreto, o acompanhamento possa conduzir à limitação da sua capacidade de exercício (e, em última instância, à privação dessa capacidade). Por isso, não é equiparado a um menor. A anterior remissão para o regime da menoridade desaparece e, com a alteração da intencionalidade predicativa da medida de proteção dos maiores com debilidades mentais, físicas ou comportamentais, desaparece também o fundamento para podermos operar automaticamente essa remissão. O artigo 125.º CC deixa, por isso, de se aplicar (pelo menos automaticamente) a maiores e vê confinado o seu âmbito de relevância aos menores.

Na falta de previsão expressa do legislador, ter-se-á de aplicar o regime regra contido no artigo 287.º CC, que terá de ser interpretado à luz do caso concreto.

Pensemos, primeiro, nos atos praticados depois do registro do acompanhamento e nos atos praticados na pendência do processo de acompanhamento. A anulabilidade prevista no artigo 154.º CC foi estabelecida no interesse do acompanhado. Assim, por princípio, haveremos de considerar que tem legitimidade para arguir a anulabilidade. E o acompanhante terá legitimidade? Este pode representar o acompanhado ou assisti-lo consoante os casos. Assim, a atuação do acompanhante em nome do acompanhado ou ao lado do acompanhado deve ser entendida como a atuação do próprio sujeito beneficiário da medida de proteção, donde a legitimidade do último deve estender-se ao primeiro. Não está aqui em causa um alargamento da legitimidade ativa, mas a consideração de que o acompanhante age, nos casos em que tem poderes de representação, como se fosse o próprio acompanhado, e orienta-o, sempre que tenha poderes de assistência.

Mas a solução de “alargamento” da legitimidade ao acompanhante só se compreende na articulação dos prazos de arguição dessa mesma anulabilidade. Esse prazo é de um ano a contar da cessação do vício que lhe serve de fundamento. O vício cessa quando a situação de acompanhamento (e, necessariamente, os fundamentos dela) desaparece. O acompanhado teria um ano a contar do levantamento do acompanhamento para arguir a anulabilidade. Acontece que este levantamento pode nunca vir a ocorrer. Além de que pode haver interesse em que a desvinculação tenha lugar num momento prévio. Assim, surgiria o acompanhante a representar o acompanhado, quando exista essa representação, ou a orientá-lo, nos casos de atos sujeitos a autorização. O prazo seria, nestas hipóteses, de um ano a contar do momento em que cada um deles estivesse em condições de agir, ou seja, a partir do momento do conhecimento, mas nunca depois do levantamento do acompanhamento, por nessa fase deixar de fazer sentido a intervenção do acompanhante. Além disso, a solução parece também intencionada pelo n.º 2 do artigo

154.º CC (ou seja, no tocante aos atos praticados na pendência do processo, o prazo a que aludimos só começa a contar depois do registro da sentença, mesmo que o conhecimento seja anterior) e pelo artigo 903.º CPC.

Quer isto dizer que, embora o artigo 125.º CC apenas se aplique, na sua literalidade e sem a remissão expressa do legislador, a menores, porque a não aplicação da solução que o legislador dispensou aos atos daqueles que ainda não perfizeram dezoito anos aos maiores que beneficiam de acompanhamento viola a intencionalidade normativa do sistema, haveremos de considerar que ela se aplica por adaptação aos atos dos acompanhados. A adaptação implica, porém, que se analise a posição de cada um dos sujeitos cuja legitimidade se reclama.

Quid iuris, por isso, no que respeita à legitimidade dos herdeiros? Ocupando os sucessíveis a posição jurídica do *de cuius*, dir-se-á que sim, sendo apenas problemática a definição do prazo em que poderão atuar. Se o acompanhamento já tiver sido levantado no momento em que ocorre a morte, o prazo há-de ser apenas o tempo que restaria ao *de cuius*; se o acompanhamento ainda não tiver sido levantado quando o acompanhado morrer, então, haveremos de contar o prazo de um ano a partir da morte.

Resta-nos analisar o problema por referência aos atos praticados antes do anúncio do início do processo de acompanhamento. Quanto à anulabilidade destes, a verificar-se, tem legitimidade para a invocar o sujeito que, no momento da celebração do negócio, estava incapacitado de entender e querer, no prazo de um ano a contar do momento em que as suas capacidades cognitivas e volitivas lhe permitem a correta perceção do alcance do ato que praticou e o perfeito domínio da sua vontade. Quanto ao acompanhante, ele terá legitimidade, desde que o ato em questão seja um daqueles em relação ao qual há necessidade de representação ou de assistência. O prazo será de um ano a contar do conhecimento, não podendo começar a correr, por aplicação analógica do n.º 2 do artigo

154.º cc, antes do registo do acompanhamento. Não se lhe poderá, porém, atribuir legitimidade se o prazo do maior já tivesse expirado no momento em que o acompanhamento tenha sido decretado. No fundo, não decorrido o prazo, ele renova-se a partir do registo do acompanhamento

Em suma, havendo representação, o acompanhado tem um ano a contar do levantamento para requerer a anulação do negócio (por ser esse o momento em que cessa o vício, nos termos do artigo 287.º cc). O acompanhante, atuando como representante, tem um ano a contar do momento em que pode agir em representação do maior, ou seja, um ano a contar do conhecimento (ou, se estiverem em causa atos praticados na pendência do processo, um ano a contar da data em que o acompanhamento é registado, a não ser que o conhecimento ocorra depois). Mas porque a eventual inação do acompanhante não pode ser imputada ao acompanhado, não devemos fazer depender o prazo e a legitimidade deste (depois de levantado o acompanhamento) do destino que foi dado quer ao prazo, quer a legitimidade do acompanhante. Repare-se que esta ideia de representação (que nos permite mobilizar a intencionalidade normativa do artigo 125.º cc, numa forma de adaptação extensiva do preceito, fazendo-o equiparar à compreensão do artigo 287.º cc conformada à luz das exigências do caso concreto) não é posta em causa pelo artigo 1938.º/1/e) cc, exatamente por estarmos aqui diante de uma hipótese em que a demora na propositura da ação pode gerar prejuízos (é essa consideração que, aliás, justifica o alargamento da legitimidade ao acompanhante). No caso de assistência, os termos do problema são outros. O acompanhado terá sempre um ano a contar do levantamento do acompanhamento. Contudo, porque pode haver interesse imediato na desvinculação (ou porque o levantamento do acompanhamento pode não ser expectável ou nem vir a ocorrer), o acompanhante pode agir, arguindo a anulabilidade do ato, tendo o acompanhado a seu lado. O prazo é de um

ano a contar do conhecimento que o acompanhante haja tido do negócio. Contudo, tal não invalida o prazo de um ano do próprio acompanhado a que fizemos referência. Em primeiro lugar, mais uma vez, não podemos imputar ao acompanhado a inação do acompanhante (e aqui não há qualquer contradição com o que se disse em relação ao artigo 145.º/3, uma vez que partimos agora de uma omissão e não da positiva autorização de um ato de iniciativa do maior). Em segundo lugar, a legitimidade do acompanhante é aqui, por interpretação corretiva do sistema, na conjugação entre a solução predisposta pelo artigo 287.º e a intencionalidade do artigo 125.º CC, a do próprio acompanhado, o que em termos processuais terá consequências (o artigo 125.º CC sendo mobilizado, por adaptação, não pode aplicar-se automaticamente. Aliás, no que respeita às hipóteses de assistência, o acompanhante deve estar apenas ao lado do acompanhado no processo, embora a sua posição prevaleça sobre a deste), donde aquilo a que se assiste é a uma mera antecipação de uma legitimidade que apenas ocorrerá depois do levantamento do acompanhamento. Assim sendo, em face da inação do acompanhante, nada impedirá o acompanhado de agir posteriormente. Poder-se-á questionar por que razão não se alarga a solução do 125.º CC aos herdeiros do maior acompanhado, no tocante ao prazo. Na verdade, se o acompanhamento já tivesse sido levantado, os herdeiros não passam a dispor do prazo de um ano a contar da morte. Isto pode levantar constrangimentos do ponto de vista da tempestividade processual, que devem ser superados com base numa interpretação corretiva do regime da caducidade. De facto, não podemos aplicar a solução do artigo 125.º automaticamente, porque falta cumprir um dos dois momentos da analogia jurídica. Se a analogia problemática está presente, parece falhar a analogia judicativa. Enquanto no caso do menor o que está em causa é a salvaguarda do seu interesse, no caso do maior acompanhado, o interesse tem de surgir sempre balizado pela vontade (já que se parte

sempre de uma ideia de salvaguarda da autonomia, que leva, inclusivamente, a que, em regra, o acompanhante seja escolhido pelo acompanhado). Isto quer dizer que, caso o levantamento do acompanhamento já tivesse ocorrido, não tendo ainda o antigo acompanhado agido processualmente, ficamos privados de razões para autonomizar um novo prazo (há que atender mais à vontade daquele que agora não é já acompanhado do que ao seu interesse; o prazo há-de ser apenas aquele que ainda não tinha sido completado).

O MAIOR ACOMPANHADO E O CONSENTIMENTO PARA ATOS EM SAÚDE

ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. Introdução

A Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, introduziu o regime do maior acompanhado, revogando os institutos clássicos da interdição e da inabilitação. Subjacente a esta reforma encontra-se o enaltecimento da dignidade da pessoa e da atribuição de primazia à autonomia dos maiores acompanhados, nomeadamente através do exercício pessoal, da forma mais ampla possível, dos seus direitos e da observância dos seus deveres.

Na base desta reforma, que modificou de forma substancial a Parte Geral do Código Civil, esteve a necessidade de adaptar este Código ao direito internacional, designadamente à Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas

com Deficiência (Nova Iorque, 2007),¹ e, de algum modo também, à Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina do Conselho da Europa (Oviedo, 1997).²

O regime jurídico do maior acompanhado “representa um avanço na concretização dos pressupostos da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, nomeadamente os que se referem às esferas da autonomia e liberdade, e à promoção do respeito pela sua dignidade”³ e visa ultrapassar a inflexibilidade, estigmatização e rigidez associados ao regime que vigorou desde a versão originária do nosso Código Civil.

A regulação presente no Código Civil requer uma análise sobre o âmbito e conteúdo do acompanhamento, as novas categorias dogmáticas (o acompanhado, o acompanhante (s)), mas também da capacidade do acompanhado relativamente ao exercício de direitos de personalidade, nomeadamente na área da saúde.

Algumas intervenções na área da saúde mereceram regulação especial, outras não. Quanto a estas, uma vez que não há previsão expressa e suficientemente densificada e ajustada referente às decisões em saúde, colocam-se maiores dificuldades ao intérprete e na vida prática do instituto,⁴ até

¹ Adotada na Assembleia Geral das Nações Unidas em Nova Iorque, no dia 13 de Dezembro de 2006. Foram publicadas em Diário da República as Resoluções da Assembleia da República n.º 56/2009 e n.º 57/2009, que aprovam a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada em Nova Iorque em 30 de Março de 2007, e respectivo Protocolo Opcional. Foram ainda publicados os Decretos do Presidente da República n.º 71/2009 e n.º 72/2009, que ratificam a referida Convenção e Protocolo Opcional.

² Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 03/01 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, de 03/01, publicada em Diário da República I-A, n.º 2, de 03/01/2001.

³ Parecer 100/CNECV/2018 (p. 11).

⁴ Neste sentido, *vd.* o Parecer do Conselho Nacional de Ética para as

porque, em regra, não será realizada por juristas, mas por profissionais de saúde e técnicos de serviço social. Com efeito, esta temática assume extrema importância numa sociedade envelhecida e perante pessoas com doença e/ou deficiência.

De acordo com a referida Convenção de Nova Iorque, pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir a sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.⁵

São vários os preceitos a saudar no âmbito da Convenção de Nova Iorque e que apontam “para legislação que preserve a independência e autonomia da pessoa portadora de deficiência, incluindo a liberdade de fazer as suas próprias escolhas”⁶. Desde logo, o artigo 25.º merece a nossa atenção, uma vez que apela à importância do direito à saúde. Aí se dispõe: “Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm direito ao gozo do melhor estado de saúde possível sem discriminação com base na deficiência. Os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas para garantir o acesso às pessoas com deficiência aos serviços de saúde que tenham em conta as especificidades do género, incluindo a reabilitação relacionada com a saúde. Os Estados Partes devem, nomeadamente: a) Providenciar às pessoas com deficiência a mesma gama,

Ciências da Vida 100/CNECV/2017 (p. 13) e, reiterando o mesmo entendimento no Parecer 102/CNECV/2018 (alínea *h*), p. 4).

⁵ Já em 9 de dezembro de 1975, a Assembleia geral das Organizações das Nações Unidas — ONU (2018), aprova a Resolução nº 30/84, intitulada de Declaração dos direitos das pessoas deficientes, expressava o termo “pessoas deficientes” referindo-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.

⁶ Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida 100/CNECV/2017, 3.

qualidade e padrão de serviços e programas de saúde gratuitos ou a preços acessíveis iguais aos prestados às demais, incluindo na área da saúde sexual e reprodutiva e programas de saúde pública dirigidos à população em geral; (...).”

Ademais no mesmo preceito, reforça-se a ideia do consentimento livre e informado. Prescreve a alínea *d*): “Exigir aos profissionais de saúde a prestação de cuidados às pessoas com deficiência com a mesma qualidade dos dispensados às demais, com base no *consentimento livre e informado, inter alia*, da sensibilização para os direitos humanos, dignidade, autonomia e necessidades das pessoas com deficiência através da formação e promulgação de normas deontológicas para o sector público e privado da saúde.”

Por fim, destaca-se na alínea *e*) a consagração da proibição da discriminação contra pessoas com deficiência na obtenção de seguros de saúde e seguros de vida e na alínea *f*) a referência à prevenção da recusa discriminatória de cuidados ou serviços de saúde ou alimentação e líquidos, com base na deficiência.

Merecem ainda atenção, neste contexto, os preceitos da Constituição da República Portuguesa: 71.º/1 e 72.º/1 da CRP, em que, no primeiro, faz-se impender sobre o estado a realização de “uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles e a assumir o encargo da efetiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais e dos tutores”, e no segundo enfatiza-se que “as pessoas idosas “têm o direito à segurança económica e a condições de habitação e convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social”.

2. Limitações voluntárias aos direitos de personalidade do maior acompanhado, em especial na área da saúde

É sabido que os direitos de personalidade surgem como direitos “absolutos”, “inalienáveis”, e “irrenunciáveis”, uma vez que integram o conteúdo mínimo da personalidade⁷.

O consentimento do lesado (artigo 340.º do c.c.) tem importância neste campo, uma vez que concretiza a possibilidade de limitação voluntária ao exercício de direitos de personalidade (artigo 81.º do c.c.), sem prejuízo daquele não implicar a extinção do direito e de se exigir um destinatário que beneficie dos seus efeitos⁸. Ademais, essa mesma limitação está balizada pelo respeito dos princípios da ordem pública (artigos 81.º c.c. e 280.º c.c.), sob pena de ser declarada nula, no âmbito dos negócios jurídicos, ou ainda de não ser relevante como circunstância que exclui a ilicitude do ato lesivo e a consequente responsabilidade civil do lesante.

Ora, a possibilidade de limitação voluntária de direitos de personalidade pressupõe a capacidade de exercício de direitos — “a idoneidade para actuar juridicamente, exercendo direitos ou assumindo obrigações, por *acto próprio e exclusivo* ou mediante *representante voluntário ou procurador*, isto é, um representante escolhido pelo próprio representado”⁹ —

⁷ Cf. Carlos da Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 209 e 215.

⁸ Cf. Carlos da Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 215. Note-se que, quando é legal, a limitação voluntária é sempre revogável, sem prejuízo da obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte. (n.º 2 do artigo 81.º).

⁹ Carlos da Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 221.

sendo que, em princípio, todas as pessoas têm capacidade de exercício de direitos. Podemos concluir pela excecionalidade das incapacidades, pelo que onde a lei não as consagre de modo expreso, estar-se-á no âmbito da capacidade de exercício.

As incapacidades dos maiores no c.c. de 1966 eram pautadas por um “regime binário”, que assenta na distinção entre *interdição* e *inabilitação*. Com efeito, a sua “finalidade é a declaração da incapacidade e o respetivo suprimento por via da representação jurídica e da assistência, no âmbito do exercício de direitos de natureza patrimonial”¹⁰. Tradicionalmente, o Código estabelecia a *interdição* e a *inabilitação* como institutos aos quais subjazia a incapacidade de exercício do maior, o que significa que este necessitava de ser *representado* (no caso da interdição — artigos 124.º e 125.º/2), ou *assistido* e/ou *representado* por um curador (no caso da inabilitação, *v.g.* artigo 153.º) aquando da sua atuação, sob pena de os seus atos serem suscetíveis de ser declarados nulos ou anuláveis (a artigos 148.º, 149.º, 150.º, 156.º).¹¹

Todavia, em regra, o inabilitado mantinha plena autonomia e capacidade de exercício quanto aos atos pessoais, entre os quais se incluem a disposição de direitos de personalidade, também

¹⁰ Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida-100/CNECV/2017 (p. 2).

¹¹ No âmbito da interdição, cujo incapaz é equiparado ao menor (artigo 139.º) — a forma de suprir a incapacidade é por meio do instituto da *representação legal*, através de um tutor, mesmo nas áreas da saúde, em regra. Por sua vez, no âmbito da inabilitação, à qual subjaz uma incapacidade menos grave, o mecanismo mobilizado para suprir a incapacidade é a *assistência*, por meio de um curador, sendo que estavam sujeitos a autorização do curador os *atos de disposição entre vivos* (em regra, apenas tem estes poderes), bem como os especificados na sentença (artigo 153.º), sem prejuízo de poder determinar-se que a administração do património do inabilitado seja entregue pelo tribunal ao curador (funcionando neste último caso como forma de suprimento da incapacidade o instituto da *representação*). Cf. Carlos da Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 243.

no âmbito da saúde.¹² Ora, se o regime da inabilitação poderia ter a plasticidade necessária para que o tribunal enquadrasse no caso concreto os atos “especificados na sentença” que deveriam estar sujeitos a um regime de assistência (ou mesmo de representação legal), a verdade é que esse regime não teve a utilização devida, com as referidas adaptações ao caso concreto.

Na verdade, as estatísticas indicam que — por exemplo em 2016 — houve 3136 interdições para 259 inabilitações. Ou seja, este regime que se poderia dizer mais conforme ao Direito Internacional apenas foi utilizado em menos de 8% dos casos. E essa foi uma constante da última década — em que os operadores da justiça já teriam a obrigação de conhecer a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência! Trata-se de um instrumento internacional ao qual Portugal se encontra vinculado, sendo que os mesmos, de acordo com o n.º 2 do artigo 8.º da CRP, constituem direito internacional convencional, o qual tem valor supralegal, pelo que os preceitos do Código Civil têm de ser interpretados em sintonia com o direito internacional.

O regime tradicional foi alvo de várias críticas: “Desde logo a rigidez da dicotomia interdição/inabilitação que obsta à maximização dos espaços de capacidade de que a pessoa ainda é portadora; o carácter estigmatizante da denominação dos instrumentos de proteção; o papel da família que ora dá, ao necessitado, todo o apoio no seu seio, ora o desconhece; o tipo de publicidade previsto na lei, com anúncios prévios nos tribunais e nos jornais, perturbador do recato e da reserva pessoal e familiar que sempre deveria acompanhar situações deste tipo”¹³.

O novo regime jurídico, de que em seguida cuidaremos, pretende dar resposta às críticas apresentadas. Parte-se agora

¹² Cf. André G. Dias PEREIRA, “A Capacidade para Consentir”, in António Pinto MONTEIRO, org., *A Parte Geral do Código Civil e a Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 199-249.

¹³ Proposta de lei n.º 110/XIII, que estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos institutos da interdição e da inabilitação, p. 3.

do respeito pela dignidade (artigos 1.º e 13.º/1 da CRP), da primazia da autonomia e da plena capacidade dos maiores (artigo 147.º). Assim, ainda que a lei não trate em específico das matérias do foro médico, podemos concluir que estas se enquadram no novo artigo 147.º, uma vez que a lista não é taxativa. Logo, se partimos da ideia da plena capacidade de exercício de direitos e se a mesma não sofreu restrições (“círculos de incapacidade”), concluímos que *o consentimento para a prática de atos médicos é, em regra, plenamente eficaz*.

3. Breve análise do regime da Lei n.º 49/2018 de 14 de agosto

3.1. O acompanhado

A nova redação do artigo 138.º, ao contrário dos anteriores preceitos relativos à interdição e inabilitação, não adota uma enumeração taxativa dos fundamentos para a adoção da medida de acompanhamento. Assim, dispõe que: “O maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código”. Desta feita, verificamos que o legislador estabeleceu o âmbito de aplicação do instituto através da consagração de conceitos indeterminados¹⁴.

Por sua vez, para que o acompanhamento possa ser decretado exige-se a observância de um requisito de ordem subjetiva (“a impossibilidade de exercer plena, pessoal e conscientemente

¹⁴ Mafalda Miranda BARBOSA, *Maiores Acompanhados — Primeiras notas depois da aprovação da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto*, Coimbra: Gestlegal, 2018, 53.

os direitos ou cumprir os deveres”), ou seja, “trata-se da possibilidade de o sujeito se autodeterminar, no que respeita ao exercício dos seus direitos e ao cumprimento dos seus deveres”. Note-se que, desapareceram os pressupostos da habitualidade e durabilidade, todavia continua a exigir-se uma certa ideia de constância, admitindo-se que o acompanhamento possa ser decretado em relação a situações temporárias.

Já no plano do requisito objetivo, “exige-se que a impossibilidade para exercer os direitos ou cumprir os deveres se funde em razões de saúde, numa deficiência ou no comportamento do beneficiário”, o que surge como uma “formulação ampla”, conferindo “maior margem ao julgador para cumprir as finalidades normativas do regime em função das especificidades do caso”¹⁵ concreto.

No âmbito da saúde, integram-se quer patologias de ordem física, quer patologias de ordem psíquica e mental — “parece portanto haver um alargamento em relação ao quadro de fundamentos das interdições e inabilitações” ... “deixamos de estar limitados à noção de anomalia psíquica e pelas dificuldades de recondução de algumas doenças que, afetando sistemicamente o corpo humano, podem não contender diretamente com a mente, v.g. doenças do sistema nervoso periférico que, provocando um atrofia muscular absolutamente incapacitante não alteram o pensamento. Por outro lado, porque se abandona o requisito da durabilidade da situação, podemos reconduzir às razões de saúde um estado de coma transitório provocado por um acidente ou uma intervenção cirúrgica envolta em problemas”¹⁶. Note-se que continuam a integrar este âmbito as hipóteses que já antes eram contempladas pelas incapacidades dos maiores, v.g. esquizofrenias, depressões, etc.

¹⁵ Mafalda Miranda BARBOSA, *Maiores Acompanhados*, 53.

¹⁶ Mafalda Miranda BARBOSA, *Maiores Acompanhados*, 54-55.

Por deficiência, deve atender-se à definição fornecida pela OMS. No entanto, considera-se que se integram neste âmbito os cegos e os surdos-mudos (a que já se aludia no regime anterior das interdições e inabilitações, tal como as deficiências mentais); “fundamental é que a deficiência limite o desempenho do sujeito em termos *volitivos elou cognitivos*. Serão por isso residuais as situações de cegueira ou surdez-mudez que possam fundar o regime do maior acompanhado, na medida em que dificilmente determinarão a possibilidade de exercer direitos e cumprir deveres”¹⁷.

Porém, de mais difícil interpretação surge a referência a “pelo seu comportamento”. Surge-nos dúvidas sobre aquilo a que o legislador se quis referir com “comportamento” do maior. Atendendo às regras da interpretação e através da mobilização do *elemento histórico*, parece-nos que o legislador se quis referir, sobretudo, aos antigos casos que poderiam justificar a inabilitação: *abuso de bebidas alcoólicas, estupefacientes e prodigalidade*. Todavia, devemos acrescentar o requisito patológico, medicamente comprovado, associado a esses comportamentos, pois seria inconstitucional privar a pessoa da sua capacidade apenas por razões morais ou de comportamento social. Tal limitação da capacidade configuraria uma violação do direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1 da CRP). Assumem assim relevo as novas adições (*maxime*, o fenómeno do jogo a dinheiro no espaço virtual) e o fenómeno da patologia dual.

Por fim, salientamos que o regime do maior acompanhado assenta num princípio de subsidiariedade, que nos termos do artigo 140.º/1, salienta que

“O acompanhamento do maior visa assegurar o seu bem-estar, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, salvo as exceções legais ou determinadas por sentença”.

¹⁷ Mafalda Miranda BARBOSA, *Maiores Acompanhados*, 55.

Por seu turno, no n.º 2 prevê que “A medida não tem lugar sempre que o seu objetivo se mostre garantido através dos deveres gerais de cooperação e de assistência que no caso caibam”. Assim, daqui decorre que antes da intervenção estatal, através dos órgãos judiciais que podem limitar ou modelar a capacidade de exercício das pessoas, se faz apelo aos deveres familiares, resultantes quer do casamento, quer da relação de filiação (ou adoção), que impõem deveres de cooperação e de assistência. Assim, é sabido que sobre os cônjuges recaem os deveres pessoais de coabitação, auxílio e assistência e sobre os filhos recaem os deveres de auxílio e assistência.¹⁸

Em síntese, queremos cidadãos livres, pelo que a exigência do regime se limitar ao minimamente necessário visa, precisamente, garantir ou assegurar a autodeterminação e capacidades do maior em cada caso, pelo que não haverá acompanhamento quando os deveres de assistência e cooperação bastarem para a proteção da pessoa.

Muito importante, numa perspetiva de promoção da autodeterminação e planeamento da velhice e da doença, é o facto de o acompanhamento poder ser *requerido pelo próprio* (artigo 141.º, n.º 1). É um aspeto de louvar, pois permite a autodeterminação em caso de doença, designadamente no início de um processo demencial ou, mediante autorização deste, pelo cônjuge, pelo unido de facto, por qualquer parente sucessível ou, independentemente de autorização, pelo Ministério Público. A autorização do beneficiário pode ser suprida pelo tribunal, nos termos do artigo 141.º, n.º 2.

¹⁸ Cf. André G. Dias PEREIRA / Juliana CAMPOS, “O envelhecimento: apontamento acerca dos deveres da família e as respostas jurídico-civis e criminais”, *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto* (2018) 61-80.

3.2. *Âmbito e conteúdo do acompanhamento*

A regra é a de que “a medida de acompanhamento deverá ter um âmbito mínimo necessário”¹⁹, o qual deverá ser aferido atendendo à situação concreta do acompanhado, nos termos do novo artigo 145.º.

Assim, entre as funções que podem atribuir-se ao acompanhante (em função de cada caso e independentemente do que seja pedido) destacam-se no n.º 2:

- “a) *Exercício das responsabilidades parentais* ou dos meios de as suprir, conforme as circunstâncias;
- b) *Representação geral* ou representação especial com indicação expressa, neste caso, das categorias de atos para que seja necessária;
- c) *Administração* total ou parcial de bens;
- d) Autorização prévia para a prática de determinados atos ou categorias de atos;
- e) Intervenções de outro tipo, devidamente explicitadas.”

Pela nossa parte, parece-nos não ter sido a melhor opção a ordem pela qual são apresentadas as medidas de acompanhamento. Vejamos: se se visa a máxima autonomia possível, deveria a lei apresentar, em primeiro lugar, as medidas menos restritivas e só em último lugar, e em casos absolutamente excecionais, deveria apresentar a hipótese de *representação geral* ou mesmo de “exercício das responsabilidades parentais”. Esta última hipótese — pensada seguramente para os casos em que a grave deficiência já acompanhe a pessoa na menoridade, aponta para uma infantilização do adulto acompanhado e seria possível maior arrojo legislativo; a primeira faz correr o risco de que a reforma se venha a revelar malsucedida.

¹⁹ Neste sentido, Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida - 100/CNECV/2018 (p. 6)

Explicuemos: se, nos últimos anos, cerca de 90% dos processos de incapacidade resultam em interdição e menos de 10% em inabilitação, o legislador ao colocar em destaque a possibilidade de “representação geral”, não estará a facilitar o caminho — o caminho de uma *representação geral* — para eventuais dificuldades que o “juiz-alfaiate” possa ter para tecer o “fato à medida” (na feliz expressão de Pinto Monteiro)²⁰

Veremos, dentro de alguns anos, se a “representação geral” foi aplicada em casos excepcionais e de forma subsidiária, como prescreve o n.º 1 do artigo 145.º “O acompanhamento limita-se ao necessário” e resulta do próprio n.º 2 do artigo 18.º da Constituição (princípio da proporcionalidade)? Ou confirmaremos que houve uma mera “burla de etiquetas”, substituído o *nomen iuris* de interdição, pelo “maior acompanhado sujeito ao regime de representação geral”? É papel da doutrina e da jurisprudência interpretar a norma de acordo com a Convenção de Nova Iorque e as medidas de acompanhamento devem ser apenas as necessárias e devem potenciar a autonomia da pessoa e não limitar essa mesma capacidade.

O dever de cuidado e diligência é colocado em destaque (artigo 146.º). O “acompanhante privilegia o bem-estar e a recuperação do acompanhado, com a diligência requerida a um *bonus pater familiae*, tendo em conta as circunstâncias da situação concreta.”

Por seu turno, o n.º 2 do artigo 146.º contempla uma solução arrojada que nos leva a questionar se estamos perante uma norma imperfeita. Com efeito, o preceito dispõe que “o acompanhante mantém um contacto permanente com o acompanhado, devendo visitá-lo, *no mínimo, com uma*

²⁰ Cf. António Pinto MONTEIRO, “Das Incapacidades ao Maior Acompanhado: breve apresentação da lei n.º 49/2018”, *Cadernos do CEJ: O Novo regime Jurídico do Maior Acompanhado* — <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf>.

periodicidade mensal, ou outra periodicidade que o tribunal considere adequada”. A lei estabelece um dever de visita mensal, tornando a relação (entre o acompanhado e o acompanhante) paralela à relação que se estabelece no âmbito das relações parentais com menores? Tal propósito visa um efetivo apoio ou suporte moral e um acompanhamento não apenas jurídico, mas também existencial, ao maior acompanhado. Parece-nos uma solução ambiciosa, mas que pode desconsiderar muitas situações da vida social, em que pelas distâncias geográficas e as dificuldades da vida profissional, muitos candidatos a acompanhante, designadamente os filhos do acompanhado, poderão ter dificuldade em cumprir com este dever de visita (no mínimo, mensal).

Assim sendo, deverá o tribunal favorecer a escolha por alguém que, mesmo não tendo relações familiares, esteja mais próximo e mais disponível para assumir esta responsabilidade.

Por isso mesmo deveria o legislador ter tido a coragem de equacionar — pelo menos não proibir — uma relação de acompanhamento a *título profissional*, com a consequente onerosidade que lhe estaria associada. O artigo 151.º veda essa possibilidade, apenas admitindo a “*alocação*” de despesas, o que deverá querer dizer, o reembolso ou ressarcimento de despesas.

Poderia o legislador ter ido ainda mais longe, permitindo a designação de uma *pessoa coletiva*, devidamente credenciada e fiscalizada, para o exercício da função de acompanhante. Quem conhece e frequenta a realidade, muitas vezes em situações de internamento, de muitas pessoas de maior idade e com graves doenças, sabe que a profissionalização do acompanhamento e a abertura à nomeação de pessoas coletivas poderia ser um passo positivo para a vida concreta de muitos cidadãos. O Código Civil manteve-se preso a um modelo mais familiar, de maior entrega e altruísmo por parte do acompanhante, um modelo quiçá “romântico”, que talvez já não acompanhe as exigências práticas da vida hodierna.

Este dever de visita depara-se ainda com uma debilidade do lado jurídico. Qual a sanção do incumprimento do dever de visita? No limite, poder-se-á nomear outro acompanhante? Não estamos seguros que o faltoso sinta essa mudança como *sanção* ou como um *alívio* das suas tarefas familiares ou sociais.... Naturalmente, poder-se-á equacionar um caso de responsabilidade civil, pelo que não é indiferente esta previsão legal do dever de visita, mas também pode afastar alguns candidatos do encargo de ser acompanhante.

3.3. O acompanhante

Atendendo ao novo artigo 143.º, verifica-se que é acompanhante o (1) maior, (2) no pleno exercício dos seus direitos e que (3) é escolhido pelo acompanhado ou pelo seu representante (4) sendo designado judicialmente.

Consideramos muito positiva a possibilidade de *o próprio* (artigo 141.º) ter a possibilidade de requerer o acompanhamento, sem prejuízo da função de decidir sobre o acompanhamento caber ao tribunal.

No n.º 2 do artigo 143.º, estabelece-se que “na falta de escolha, o acompanhamento é deferido, no respetivo processo, à pessoa cuja designação melhor salvguarde o interesse imperioso do beneficiário”, apresentando de seguida uma lista não taxativa (atendendo à referência ao advérbio “designadamente”): *a)* Ao cônjuge não separado, judicialmente ou de facto; *b)* Ao unido de facto; *c)* A qualquer dos pais; *d)* À pessoa designada pelos pais ou pela pessoa que exerça as responsabilidades parentais, em testamento ou em documento autêntico ou autenticado; *e)* Aos filhos maiores; *f)* A qualquer dos avós; *g)* À pessoa indicada pela instituição em que o acompanhado esteja integrado; *h)* Ao mandatário a quem o acompanhado tenha conferido poderes de representação; *i)* A outra pessoa idónea. Por sua vez, o n.º 3 refere a possibilidade de serem designados vários acompanhantes com diferentes funções, especificando-se as atribuições de cada um, com observância dos números anteriores.

Com efeito, consideramos que este elenco carece de algumas observações o que nos leva a concluir pela necessidade de um aperfeiçoamento, sob pena de estarmos diante uma “novilíngua” jurídica. Vejamos:

Assim, a alínea a) confere a possibilidade de ser acompanhante o “cônjuge não *separado, judicialmente* ou de facto”. O Parecer do CNECV dá conta deste aspeto na alínea g) do ponto 3: (associa-se) “de uma forma nada rigorosa e que se presta a equívocos, duas situações juridicamente muito distintas, a dos “cônjuges separados de pessoas e bens” e dos “cônjuges separados de facto”.

Também na redação do artigo 147.º há lapsos técnicos de Direito da Família, pois fala em “constituir situações de união”, quando quererá referir-se a constituir situações de “união de facto” (Lei n.º 7/2001, de 11 de maio).

Por outro lado, refere-se o ato de educar “*os filhos ou os adotados*”, criando uma distinção entre filiação natural e filiação adotiva que está em completa contradição com o espírito do instituto da adoção, segundo o qual “o adotado adquire a situação de filho do adotante e integra-se com os seus descendentes na família deste” (artigo 1986.º).

Trata-se de estranhas faltas de rigor conceptual e terminológico de importantíssimos institutos de Direito da Família, que não abonam em favor da qualidade do Código Civil, na comemoração dos seus 50 anos.

Criticamos ainda o termo de “acompanhante” (artigo 143.º). Com efeito, consideramos que o mesmo vai gerar muita incompreensão e confusão nos serviços de saúde. É que, no mundo hospitalar, há já a longa tradição da chamada “pessoa de referência”, que se distingue do “acompanhante”. A primeira é a pessoa a quem se transmitem as informações mais importantes e se pedem apoios materiais e conselhos para as decisões clínicas. Os “acompanhantes” são aqueles que vêm prestar visita durante um internamento. E isto consta de Lei aprovada pela Assembleia da República. Com efeito,

o Capítulo III da Lei n.º 15/2014, de 21 de março, intitulado “Acompanhamento do utente dos serviços de saúde”²¹, prevê expressamente o referido *nomen*:

“Artigo 13.º (Acompanhante)

1 — Nos casos em que a situação clínica não permita ao utente escolher livremente o *acompanhante*, os serviços devem promover o direito ao acompanhamento, podendo para esse efeito solicitar a demonstração do parentesco ou da relação com o utente invocados pelo acompanhante.

2 — A natureza do parentesco ou da relação referida no número anterior não pode ser invocada para impedir o acompanhamento.

3 — Quando a pessoa internada não esteja *acompanhada*, a administração do estabelecimento de saúde deve diligenciar para que lhe seja prestado o atendimento personalizado necessário e adequado à situação.”

Está instalada a confusão terminológica e conceptual nas clínicas, nos hospitais, nos Estabelecimentos Residenciais para Pessoas Idosas e nas Unidades de Cuidados Continuados... Haverá dois tipos de acompanhantes: os “acompanhantes” do Código Civil, que correspondem ao antigo tutor ou curador, que eram muitas vezes (mas não necessariamente) a “pessoa de referência” e os “acompanhantes” da Lei dos direitos e deveres dos utentes, que correspondem às pessoas que vêm prestar

²¹ Lei n.º 15/2014, de 21 de março (Lei dos Direitos e Deveres dos Pacientes); Capítulo III (Acompanhamento do utente dos serviços de saúde). Especifica o artigo 12.º da mesma Lei: Direito ao acompanhamento. 1 — Nos serviços de urgência do SNS, a todos é reconhecido e garantido o direito de acompanhamento por uma pessoa por si indicada, devendo ser prestada essa informação na admissão pelo serviço. 2 — É reconhecido à mulher grávida internada em estabelecimento de saúde o direito de acompanhamento, durante todas as fases do trabalho de parto, por qualquer pessoa por si escolhida. 3 — É reconhecido o direito de acompanhamento familiar a crianças internadas em estabelecimento de saúde, bem como a pessoas com deficiência, a pessoas em situação de dependência e a pessoas com doença incurável em estado avançado e em estado final de vida.

visita e dar apoio emocional e afetivo às pessoas doentes.

Uma nomenclatura que se quis não discriminatória, mas que se revela não só semioticamente perturbadora, como juridicamente confusa.

A solução deverá passar por uma revisão da nomenclatura utilizada. Talvez a mudança da Lei n.º 15/2014, de 21 de março, pareça mais fácil, dada a altíssima dignidade do Código Civil. Porém, na semântica da língua portuguesa, a designação de acompanhante assenta bem na função social daquele que acompanha ou visita a pessoa internada...

Olhando o direito do nosso país irmão e que também modificou o seu Código Civil, para acolher as exigências da Convenção de Nova Iorque, constatamos que, no Brasil, se optou por uma designação com maior tradição técnico-jurídica, por um lado, mantendo a *curatela* (o que, no fundo, é mais transparente do que aceitar um *acompanhante com poderes de representação geral*) e, por outro, acrescentando o instituto da “*Tomada de Decisão Apoiada*.”²²

4. Capacidade do acompanhado: o exercício de direitos de personalidade/pessoais (e negócios da vida corrente)

O artigo 147.º (sob a epígrafe Direitos pessoais e negócios da vida corrente) procede à reafirmação da capacidade dos maiores, uma vez que estabelece que “o acompanhado pode exercer de forma livre o exercício dos seus direitos pessoais e a celebração de negócios da sua vida corrente, a não ser que haja uma disposição da lei ou decisão judicial em contrário”.²³

²² Cf. Nelson ROSENVALD, “A Tomada de Decisão Apoiada — Primeiras Linhas Sobre Um Novo Modelo Jurídico Promocional Da Pessoa Com Deficiência” in <<http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/253.pdf>>.

²³ Neste sentido dispõe o n.º 1: “O exercício pelo acompanhado de

Por sua vez, no n.º 2 a lei consagra como direitos pessoais os “direitos de casar ou de constituir situações de *união*, de procriar, de perfilhar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos *ou os adotados*, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar”.

Desta feita, atendendo à letra da lei, constatamos que a mesma não cuida das matérias do foro médico ou do exercício dos direitos de personalidade na área da saúde. Todavia, importa salientar que a lei não é taxativa (“são pessoais, *entre outros*”). Assim sendo, e retomando o que já foi dito, se partimos da ideia da capacidade e se ela não sofreu restrições para a prática de atos médicos, então é porque o maior é plenamente capaz para o exercício dos direitos de personalidade na área da saúde.

5. O exercício dos direitos de personalidade na área da saúde: as intervenções reguladas

A Lei n.º 49/2018 reviu a regulamentação de algumas intervenções médicas: (1) Internamento, (2) PMA — Procriação Medicamente Assistida, (3) Investigação Clínica, (4) Lei de Saúde Mental, (5) Lei das Declarações Antecipadas de Vontade. Analisemos:

5.1. O internamento

No que concerne ao (artigo 148.º), o n.º 1 do artigo 148.º dispõe: “O *internamento* do maior acompanhado depende de autorização expressa do tribunal.”

direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente *são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário.*”

Primeiramente, importa referir que o legislador atendeu especificamente ao internamento, todavia fê-lo de forma contida, uma vez que não se identificam quaisquer pressupostos para a restrição dos direitos fundamentais que são colocados em causa nesta sede, v.g. o direito à liberdade (artigo 27.º da CRP). Esta falta de determinação das condições de um internamento poderá levantar problemas de constitucionalidade, face ao n.º 2 do artigo 18.º da CRP. Acresce que a lei não é suficientemente precisa na concretização do tipo de internamento. Por outras palavras, surgem-nos dúvidas sobre se estão aqui incluídas as hipóteses de internamento hospitalar de curta duração, de internamento em Estabelecimento Residencial para Pessoas Idosas, de internamento em Unidades de Cuidados Continuados e Integrados²⁴.

Ademais, refere-se no n.º 2 que o internamento do maior acompanhado fica dependente de *ratificação* (?) do juiz: “Em caso de urgência, pode o internamento ser imediatamente solicitado pelo acompanhante, ficando sujeito à *ratificação do juiz*”.²⁵ A Lei de Saúde Mental (Lei n.º 36/98, de 24 de Julho) prevê o internamento compulsivo de urgência, exigindo depois, no prazo de 48 horas, a *confirmação* judicial desse internamento. *Confirmação* do internamento e não *ratificação*, parece-nos, seria uma opção mais adequada no plano conceptual.

²⁴ Sobre a referida imprecisão conceitual já se pronunciou o CNECV no Parecer 100/CNECV/2018, tendo concluído que: “No que se refere ao “internamento”, a formulação é muito imprecisa, pois dever-se-ia distinguir o tipo de internamento e o grau de necessidade de acompanhamento da pessoa, tendo em conta as instituições e recursos atualmente disponíveis.” (Parecer 100/CNECV/2018)” (p.10).

²⁵ Parece-nos estranha a utilização de uma terminologia própria da representação sem poderes, consagrada no artigo 268.º do Código Civil, num ato de internamento do maior acompanhado. Querirá isto indiciar que o internamento ordenado pelo acompanhante é válido, mas ineficaz e que a eficácia será atribuída pelo tribunal? Que consequências terá esta solução no plano patrimonial? A relação jurídica de internamento, muitas vezes onerosa, não gera efeitos judicialmente exigíveis?

Por outro lado, questionamos a necessidade da autorização para *todas* as situações de internamento. A doutrina terá que detalhar os vários tipos de internamento, propondo-se agora, os seguintes subsídios:

a) o *internamento ao abrigo da Lei de Saúde Mental* deverá reger-se pela lei especial (Lei n.º 36/98, de 24 de Julho), não sendo o consentimento do acompanhante suficiente para configurar uma situação de internamento voluntário, salvo se isso estiver expressamente previsto na sentença de acompanhamento;²⁶

b) quanto ao *internamento em situação de emergência*, não vemos necessidade de *autorização expressa do tribunal*, pois resulta de uma decisão clínica — exclusivamente médica — com vista a satisfazer os melhores interesses da pessoa doente (por exemplo, internamento com pneumonia em que a pessoa careça de oxigénio);

c) o *internamento em unidade de cuidados continuados integrados* (UCCI): estes internamentos dão-se muitas vezes após alta hospitalar, mas em que o doente carece de cuidados médicos especializados; o tempo de internamento é limitado no tempo (dependendo da tipologia) e é medicamente prescrito; donde, também nos parece excessivo o recurso a “*autorização expressa do tribunal*”;

d) *internamento (de longa duração)*²⁷, a pedido de familiares, *maxime* do acompanhante, em Estabelecimentos Residenciais para Pessoas Idosas (ERPI) (ou casos similares) será o caso em

²⁶ Cf. o artigo 5.º, n.º 1, alínea “c) Decidir receber ou recusar as intervenções diagnósticas e terapêuticas propostas, *salvo quando for caso de internamento compulsivo ou em situações de urgência em que a não intervenção criaria riscos comprovados para o próprio ou para terceiros.*”

²⁷ No caso de um internamento para descanso do cuidador, tipologia típica das UCCI, mas que também pode existir em ERPI, também nos parece desnecessária a autorização judicial.

que se poderá justificar a “autorização expressa do tribunal”, pois — atendendo à teleologia da norma — é nestes casos que faz sentido uma avaliação imparcial, por um Juiz, da necessidade e adequação de um internamento de longa duração, pois isto significa uma radical mudança do projeto de vida e de direitos fundamentais, como o de *estabelecer domicílio* e o *desenvolvimento da personalidade*. Direitos fundamentais cuja limitação não se deverá bastar com o requerimento do *acompanhante*, antes exige um *dever de proteção estadual*, através do tribunal.

Pena é que a lei não ofereça critérios que devam orientar o Juiz na sua decisão.

5.2. Procriação Medicamente Assistida

O artigo 7.º da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, leva a cabo uma alteração à Lei da Procriação Medicamente Assistida, que passará a contar com o artigo 6.º: “2 — As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e desde que *não exista uma sentença de acompanhamento que vede o recurso a tais técnicas.*»

O direito a constituir família (artigo 36.º), no qual se situa também o direito de acesso, de forma geral, às técnicas de PMA é um direito fundamental e a sua limitação carece de uma profunda justificação. A Lei entendeu que o Juiz pode ter competências para essa limitação, o que também não é isento de dúvidas. Mesmo que se considere o melhor interesse da criança a nascer e algum tipo de razões eugénicas, tradicionalmente invocadas nos impedimentos matrimoniais,²⁸ julgamos que a lei deveria ter sido mais rigorosa na determinação de critérios,

²⁸ Heloísa G. SANTOS / André Dias PEREIRA, *Genética para Todos — de Mendel à Revolução Genómica do Século XXI — a prática, a ética, as leis e a sociedade*, Lisboa: Gradiva, 2019, 116 s.

a serem preenchidos — no caso concreto — pelo tribunal. Assim, antevemos que só em casos excepcionais e *devidamente previstos e justificados na sentença de acompanhamento* se pode afastar o direito de acesso às técnicas de PMA por parte de um maior acompanhado.

5.3. *Investigação clínica*

No que respeita aos participantes maiores incapazes de prestar consentimento informado, o novo n.º 2 do artigo 8.º da Lei n.º 21/2014, de 14 de abril, prevê: “a) For obtido o consentimento informado do acompanhante com *poderes de representação especial*, nos termos do número seguinte, o qual deve refletir a vontade presumível do participante.”

Merece referência o facto de já na versão originária (de 2014) o *caput* do n.º 2 prever: “A realização de estudos clínicos com maiores que, *antes do início da sua incapacidade, não tenham dado nem recusado o consentimento informado (...)*.” Isto significa que no âmbito do Direito da Saúde, e em especial, no direito da experimentação em seres humanos se promove o *máximo respeito pela autonomia do participante no ensaio clínico*, mesmo que sujeito ao regime do maior acompanhado.

Esta norma está em linha com a Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina, que prevê, no artigo 17.º (*Proteção das pessoas que careçam de capacidade para consentir numa investigação*): o direito de oposição da pessoa, mesmo que sujeita ao regime do maior acompanhado: “v) A pessoa em causa não tenha manifestado a sua oposição.”

Do mesmo passo, o Regulamento (UE) n.º 536/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, relativo aos ensaios clínicos de medicamentos para uso humano, estabelece no artigo 31.º as seguintes exigências:

“b) O sujeito incapaz recebeu as informações referidas no artigo 29.º, n.º 2, de forma adequada tendo em conta a sua capacidade de compreensão das mesmas; c) O investigador respeita o

desejo explícito de um sujeito incapaz que possa formar uma opinião e avaliar as informações referidas no artigo 29.º, n.º 2, de se recusar a participar ou de ser retirado do ensaio clínico a qualquer momento.”

Em suma, o acompanhado tem sempre o direito de veto, no âmbito dos ensaios clínicos de medicamentos!²⁹

5.4. Lei da Saúde Mental

O artigo 14.º da Lei n.º 49/2018 procede a uma alteração à Lei de Saúde Mental, que passa a contar com o artigo 5.º com a seguinte redação:

“3 — Os direitos referidos nas alíneas c), d) e e)³⁰ do n.º 1 são exercidos pelos representantes legais quando os doentes sejam

²⁹ Note-se que este Regulamento europeu contém uma norma muito polémica, por permitir intervenções antes do consentimento, nas situações de emergência (artigo 35.º) (Ensaaios clínicos em situações de emergência): “1. Em derrogação do disposto no artigo 28.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*), no artigo 31.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), e no artigo 32.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), *pode ser obtido o consentimento esclarecido para participar num ensaio clínico e podem ser fornecidas informações sobre o ensaio clínico após a decisão de incluir o sujeito no ensaio clínico*, contanto que essa decisão seja tomada no momento da primeira intervenção no sujeito do ensaio, de acordo com o protocolo relativo à realização desse ensaio clínico, e que estejam reunidas todas as condições seguintes (...). Esta norma visa aumentar a capacidade de investigar novos fármacos que visem debelar as principais causas de morte na Europa, designadamente o AVC (acidente vascular cerebral), enfarte do miocárdio, que são grandes causas de morte e de grande incapacidade em Portugal (e na Europa).

³⁰ Recordamos que os direitos em causa são: “c) Decidir receber ou recusar as intervenções diagnósticas e terapêuticas propostas, salvo quando for caso de internamento compulsivo ou em situações de urgência em que a não intervenção criaria riscos comprovados para o próprio ou para terceiros; d) Não ser submetido a electroconvulsivoterapia sem o seu prévio consentimento escrito; e) Aceitar ou recusar, nos termos da legislação em vigor, a participação em investigações, ensaios clínicos ou actividades de formação;”

menores de 14 anos ou maiores acompanhados e a sentença de acompanhamento não faculte o exercício direto de direitos pessoais.”

Por um lado, teria sido uma boa oportunidade para atualizar a idade da maioridade para cuidados de saúde *para 16 anos*, em linha com a modificação operada no artigo 38.º, n.º 3 do Código Penal em 2007 (Lei n.º 59/2007, de 04 de Setembro) e que tem sido acompanhado pela legislação e pela doutrina nacional.

Também nos parece pouco feliz a expressão de que o maior acompanhado (quando no âmbito da lei de Saúde Mental) estará, em princípio, sujeito ao regime da representação legal. Parece que a Convenção de Nova Iorque ficou esquecida nesta redação do n.º 3. Os princípios da necessidade e proporcionalidade foram olvidados ao entrar no mundo da psiquiatria?

Antes se aponta para uma infantilização, equiparando o maior acompanhado ao menor de 14 anos e exigindo — se bem compreendemos a norma — que seja a *sentença de acompanhamento* a facultar o exercício direto de direitos pessoais? Quando deveria ser exatamente o oposto! Em regra, o maior sujeito a acompanhamento manteria a sua capacidade de exercício dos seus *direitos pessoais* intocada e, excecionalmente, a sentença poderia limitar esse exercício, adotando o modelo da substituição, com um representante legal (“acompanhante”).

5.5. Diretivas Antecipadas de Vontade e o mandato com vista ao acompanhamento

A doutrina internacional vem apelando para a necessidade de, em sociedades envelhecidas, se promover a *planificação do envelhecimento* e o planeamento dos cuidados de saúde

(*ageing planning, health-care planning*).³¹ Isto é especialmente importante nas áreas das demências, do Alzheimer ou mesmo de um tumor cerebral.

A regulamentação das Diretivas Antecipadas de Vontade, seja na forma de *testamento vital*, seja na modalidade de nomeação de *procuradores de saúde*, foi um passo em frente, que a Lei n.º 25/2012, de 16 de julho, trouxe ao nosso ordenamento jurídico.

Ainda assim, o *mandato com vista ao acompanhamento* era uma necessidade imperiosa para regular matérias da vida quotidiana de gestão do património, visto que os primeiros instrumentos estavam limitados aos assuntos de saúde³².

No que concerne ao mandato com vista a acompanhamento, prescreve o artigo 156.º: “1 — O maior pode, prevenindo uma eventual necessidade de acompanhamento, celebrar um *mandato para a gestão dos seus interesses, com ou sem poderes de representação*.”

Merece louvor, o n.º 3 do artigo 156.º que prevê que “no momento em que é decretado o acompanhamento, o tribunal aproveita, no todo ou em parte, e tem-no em conta na definição do âmbito da proteção e na designação do acompanhante.”

O CNECV criticou esta formulação lacunosa e aberta e pouco regulamentado:

“O “Mandato com vista a acompanhamento” (proposta de redação para o artigo 156.º) que, tendo em conta os fundamentos e objetivos anunciados para a reforma, *deveria ser central no*

³¹ André Gonçalo Dias PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Publicações do Centro de Direito Biomédico, 22, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, 513.

³² Com efeito, reza o artigo 12.º (Procuração de cuidados de saúde): “1 — A procuração de cuidados de saúde é o documento pelo qual se atribui a uma pessoa, voluntariamente e de forma gratuita, poderes representativos *em matéria de cuidados de saúde*, para que aquela os exerça no caso de o outorgante se encontrar incapaz de expressar de forma pessoal e autónoma a sua vontade.”

estatuto do maior acompanhado, aparece como complementar e regulado de forma insatisfatória, não incluindo soluções sobre possíveis impedimentos do mandatário designado, nem concretizando os seus deveres de conduta.” (Parecer 100/CNECV/2018)

Já nos parece questionável o previsto no novo n.º 3 do artigo 14.º (da Lei das Diretivas Antecipadas de Vontade) que prevê que “a procuração pode ser revogada por decisão do tribunal que instaure o acompanhamento de maior”. Impõe-se muita cautela judicial — pode constituir uma injustificada aniquilação da autonomia! Na medida do possível deve sempre ter-se em conta a vontade do sujeito.³³

Finalmente, com a Lei n.º 49/2018, o artigo 4.º (Requisitos de capacidade) passou a ter a seguinte redação:

“Podem outorgar um documento de diretivas antecipadas de vontade as pessoas que, cumulativamente: a) Sejam maiores de idade; b) Não estejam em situação de acompanhamento, caso a sentença que a haja decretado vede o exercício do direito pessoal de testar; c) Se encontrem capazes de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido.”

Parece-nos que só em casos excepcionais, de completa ausência de discernimento, poderá o tribunal impedir a pessoa de redigir um testamento vital ou de nomear um procurador de cuidados de saúde, dada a natureza pessoalíssima destas faculdades.

6. O exercício de direitos de personalidade — intervenções não reguladas

A Lei n.º 49/2018 *não* regula outras intervenções médicas, designadamente: (1) Tratamentos médicos em geral, tais como:

³³ O máximo respeito possível pela vontade anteriormente manifestada é uma exigência do Artigo 9.º da Convenção de Oviedo e pelas Recomendações do Conselho da Europa: COE 1999, Council of Europe. rec (99)4. on principles concerning the legal protection of incapable adults.

cirurgias, quimioterapias, diálise, cuidados respiratórios; (2) Medicina reprodutiva: Interrupção Voluntária da Gravidez, Esterilização; (3) Transplante de órgãos; (4) Fim de Vida, Cuidados paliativos, Sedação paliativa, recusa de alimentação e de hidratação.

6.1. *Tratamentos médicos em geral*

A lei nunca conseguiria regular todos as intervenções. Compete ao intérprete ir adaptando o Direito em vigor às novas exigências do respeito pela autonomia dos maiores acompanhados.

Fazem parte dos tratamentos médicos em geral: cirurgias, quimioterapias, diálise, cuidados respiratórios, fisioterapia, medicação, etc. Importa referir que relativamente aos tratamentos em geral, a regra geral é a de que *o maior é livre de decidir*; em regra, respeita-se a capacidade e autonomia do maior acompanhado.³⁴

Parece-nos que pode ser importante a distinção entre as *intervenções minor* e as *intervenções major*. No caso das primeiras intervenções, deverá ser reservado o maior poder de decisão possível para a pessoa (maior acompanhado); no caso das segundas, poderá ser necessário a aplicação efetiva do regime de acompanhamento, mas sempre com respeito pelo quadro de valores e as opiniões anteriormente expressas pelo doente.³⁵

³⁴ Segundo o artigo 147.º/ 1: “O exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente *são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário.*”

³⁵ Concordamos com o teor das seguintes normas do Regulamento n.º 707/2016 (Regulamento de Deontologia Médica) que prevê, no artigo 21.º (Doentes incapazes de dar o consentimento): “1 — O consentimento dos menores ou de *doentes com alterações cognitivas* que os tornem incapazes, temporária ou definitivamente, de dar o seu consentimento, deve ser solicitado ao seu representante legal, se possível. 2 — *Quando existir uma diretiva*

A Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (em vigor em Portugal desde dezembro de 2001), estatui, no artigo 6.º (Protecção das pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento):

“3 — Sempre que, nos termos da lei, um maior careça, em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei.

A pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização.”

Eis um comando a ter sempre presente na vida quotidiana da ação médica.

6.2. Medicina reprodutiva

Relativamente à interrupção voluntária da gravidez, o artigo 142.º do Código Penal regula o consentimento nos seguintes termos:

“5 — No caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos ou psiquicamente incapaz, respectiva e sucessivamente, conforme os casos, o consentimento é prestado pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral.”

antecipada de vontade ou a nomeação de um procurador de cuidados de saúde por parte do doente, o médico deve respeitar as suas decisões nos termos previstos na lei, sem prejuízo do exercício do direito à objeção de consciência. 5 — Para os efeitos do presente artigo entende-se como melhor interesse do doente a decisão que este tomaria de forma livre e esclarecida se para tal tivesse capacidade. 6 — A informação fornecida pelos representantes legais, familiares ou pessoas das relações próximas é relevante para o esclarecimento da vontade dos doentes. 7 — Cabe ao médico ponderar, em cada caso, a necessidade de requerer ao tribunal o suprimento judicial de consentimento do doente.”

Devemos interpretar este artigo em conformidade com o novo regime do maior acompanhado e, nos casos (excepcionais) em que o tribunal opte pela representação geral (ou especial para intervenções médicas), então deverá ser o acompanhante a autorizar o ato médico. Nos restantes casos, deve ser a própria maior acompanhada a consentir, pois entra no âmbito dos direitos pessoais, previstos no artigo 147.º

Relativamente à esterilização, é de saudar que se tenha abandonado a estranha proposta de lei de 2017,³⁶ mas é criticável o atual silêncio da lei. A doutrina moderna entende que deve ser proibida a esterilização (não terapêutica), não apenas por uma renovada conceção dos direitos humanos da pessoa portadora de deficiência, mas também considerando a evolução dos dispositivos médicos e dos medicamentos que visam evitar a gravidez.

Donde, apesar de este novo regime não se referir a esta matéria, entendemos como cada vez menos justificada a possibilidade de uma esterilização (não terapêutica) de um maior acompanhado, em razão de haver meios médicos menos limitadores do direito à integridade física e moral.

6.3. Transplante de órgãos

O artigo 6.º da Lei n.º 12/93 prevê normas que devem ser interpretadas de acordo com a lei posterior.

“4 — São sempre proibidas a dádiva e a colheita de órgãos ou de tecidos não regeneráveis quando envolvam menores ou *outros incapazes*.”

³⁶ O Parecer 100/CNECV/2018) afirmava: “A proposta de redação para o artigo 148.º (“Internamento e medidas anticoncepcionais”) representa, objetivamente, uma agressão aos direitos fundamentais das pessoas. Com efeito, não existe qualquer justificação para ser de exigir que o recurso a métodos anticoncepcionais possa depender de autorização judicial”.

Assim, os maiores acompanhados estão impossibilitados de dar órgãos ou de tecidos não regeneráveis em todas as circunstâncias? Em respeito à Convenção de Nova Iorque, deveremos fazer a interpretação menos restritiva possível, pelo que poderá haver casos de maiores acompanhados, mas com muito discernimento e capacidade de decisão, a quem não poderá ser vedada esta faculdade de manter um comportamento altamente altruísta.

No n.º 5 prevê-se:

“A dádiva e a colheita de órgãos, *de tecidos ou de células regeneráveis* que envolvam menores *ou outros incapazes* só podem ser efectuadas quando se verificarem os seguintes requisitos cumulativos: a) Inexistência de dador capaz compatível; b) O receptor ser irmão ou irmã do dador; c) A dádiva ser necessária à preservação da vida do receptor.”³⁷

O artigo 8.º do Lei n.º 12/93, prevê:

“5 — A colheita em *maiores incapazes* por razões de anomalia psíquica só pode ser feita mediante autorização judicial.”

Deveremos (a) fazer uma interpretação ampla a exigir autorização judicial para *todos os maiores acompanhados*? Ou (b) uma interpretação restrita e exigir autorização judicial

³⁷ O artigo 20.º A Convenção de Oviedo (Protecção das pessoas que careçam de capacidade para consentir na colheita de um órgão) regula no mesmo sentido: 1 — Nenhuma colheita de órgão ou de tecido poderá ser efectuada em pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento, nos termos do artigo 5.º 2 — A título excepcional e nas condições de protecção previstas na lei, a colheita de tecidos regeneráveis numa pessoa que careça de capacidade para prestar o seu consentimento poderá ser autorizada se estiverem reunidas as seguintes condições: i) Quando não se disponha de dador compatível gozando de capacidade para prestar consentimento; ii) O receptor for um irmão ou uma irmã do dador; iii) A dádiva seja de natureza a preservar a vida do receptor; iv) A autorização prevista nos n.os 2 e 3 do artigo 6.º tenha sido dada de forma específica e por escrito, nos termos da lei e em conformidade com a instância competente; *mas acrescenta: v) O potencial dador não manifeste a sua oposição.*”

apenas quando a sentença de acompanhamento o exija? Ou ainda (c) uma interpretação moderada, a exigir autorização judicial quando a sentença preveja a representação legal?

Parece-nos que onde se fala de maiores incapazes, devemos considerar os maiores sujeitos ao regime do acompanhamento. E o acompanhante só deve ser chamado a decidir quando tenha poderes de *representação geral* ou *específica* para atos médicos em geral ou este ato de dádiva em especial. Nos restantes casos, em que o maior acompanhado tenha maior amplitude de decisão e apenas careça de medidas de apoio, é o próprio que deve ter a faculdade de consentir na dádiva *de tecidos ou de células regeneráveis*. Esta interpretação poderá ampliar o âmbito subjetivo de dadores, pelo que se exige aos tribunais um especial cuidado na regulação concreta dos poderes do acompanhante e do acompanhado.

6.4. Fim de Vida

A Lei n.º 31/2018, de 18 de julho, regula os *direitos das pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida*. Esta lei, imbuída de um espírito autonomista, consagra vários direitos de recusa que merecem aqui ser referidos:

Para além do direito ao consentimento informado (artigo 5.º), consagra-se o “direito a *recusar*, nos termos da lei, o *suporte artificial das funções vitais e a recusar a prestação de tratamentos não proporcionais nem adequados ao seu estado clínico e tratamentos*, de qualquer natureza, que não visem exclusivamente a diminuição do sofrimento e a manutenção do conforto do doente, ou que prolonguem ou agravem esse sofrimento”.

O artigo 8.º (Prognóstico vital breve) prevê ainda que:

“1 — As pessoas com prognóstico vital estimado em semanas ou dias, que apresentem sintomas de sofrimento não controlado pelas medidas de primeira linha previstas no n.º 1 do artigo 6.º, têm direito a receber *sedação paliativa* com fármacos sedativos devidamente titulados e ajustados exclusivamente ao propósito

de tratamento do sofrimento, de acordo com os princípios da boa prática clínica e da *leges artis*. (...)”

3 — À pessoa em situação de últimos dias de vida, é assegurado o direito à recusa alimentar ou à prestação de determinados cuidados de higiene pessoal, respeitando, assim, o processo natural e fisiológico da sua condição clínica.”

Considerando que algumas destas pessoas poderão estar com um estado de consciência alterado, é de salientar que o legislador teve uma perspectiva respeitadora da vontade concreta dessa pessoa vulnerável e não seguiu a tese segundo a qual se deve promover “os melhores interesses da pessoa” (numa perspectiva objetiva), o que redundaria numa *heteronomia* atentatória do seu direito de recusa.

Tendo esta lei sido publicada a 18 de julho e a relativa ao maior acompanhado a 14 de agosto, o artigo 11.º (Discrepância de vontades ou decisões) ainda lança mão do conceito de “representantes legais”, pelo que carece já de interpretação adaptada ao novo regime do maior acompanhado.³⁸

7. Conclusão

O ordenamento jurídico nacional, em especial o direito civil e o direito da medicina ficaram mais ricos, mais atuais e conformes às exigências éticas e normativas do moderno pensamento dos direitos humanos, plasmado na Convenção sobre as Pessoas com Deficiência. Nesse sentido, esta foi uma boa reforma. Que foi no bom sentido. Terá sido propósito

³⁸ “1 — Em caso de discordância insanável entre os doentes ou seus *representantes legais* e os profissionais de saúde quanto às medidas a aplicar, ou entre aqueles e as entidades prestadoras quanto aos cuidados de saúde prestados, é facultado aos doentes ou aos *seus representantes legais* o acesso aos conselhos de ética das entidades prestadoras de cuidados de saúde.”

do legislador histórico deixar as normas com conceitos indeterminados e com uma regulamentação mínima, num esforço — muito defendido pelas correntes metodológicas da segunda metade do século xx — de reforço dos poderes do tribunal e de permitir que o Direito seja constituído por um “juiz alfaiate” que saiba coser um “fato à medida” e que repute importante que o Código Civil mantenha normas curtas e elegantes. Vimos, porém, que a ausência de densidade normativa vai perturbar algumas matérias como, por exemplo, os poderes do mandatário, e, na área médica, o regime do internamento e de algumas intervenções médico-cirúrgicas. Compete à doutrina colmatar lacunas e oferecer critérios de decisão.

Cumpra a todos os operadores sociais e jurídicos promover o máximo de autonomia possível dos maiores que venham a ser sujeitos ao regime de acompanhamento e será bom sinal se as sentenças de acompanhamento optarem mais vezes por medidas que não a “representação geral” (alínea *b*) do n.º 2 do artigo 145.º). Ou seja, a reforma terá sido bem-sucedida se tivermos muito mais sentenças a optar pelas “intervenções de outro tipo” (alínea *e*), ou pela “autorização prévia para a prática de determinados atos ou categoria de atos” (alínea *d*)).

Na que respeita à área da vida pessoal, em que se inclui a saúde, a regra será a da capacidade sem limitações, embora seja adequado — com vista a cumprir o dever de proteção dos cidadãos — que algumas sentenças venham a prever medidas de apoio “à tomada de decisão” (usando de empréstimo a expressão da lei brasileira).

E, sobretudo, o *mandato com vista ao acompanhamento*, conjugado com o regime das *diretivas antecipadas de vontade* permitirão trazer à prática do direito luso o planeamento da velhice e o planeamento da doença, como ferramentas de cumprir um direito fundamental, o *desenvolvimento da personalidade* (artigo 26.º, n.º 1 da Constituição).

SITUAÇÃO DO MAIOR INCAPAZ ANTES DE SER OBJECTO DE MEDIDAS DE ACOMPANHAMENTO

MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

I. Ponto de partida: contornos de uma hipótese típica¹

Para tomar o peso às normas que enquadram a situação do maior que, embora tenha fundamento para o ser, não foi (ou não foi ainda) objecto de medidas de acompanhamento, partamos de uma hipótese prática.

¹ O texto que agora se publica corresponde ao que serviu de base à intervenção com o título “ Situação do maior acompanhado antes de ser objecto de medidas de acompanhamento”, apresentada no Colóquio “O novo regime do maior acompanhado”, a 13 de Dezembro de 2018. Mantém-se, nesta versão escrita, o estilo fluido, limitando-se as notas e indicações bibliográficas. Todas as normas citadas pertencem ao Código civil português, salvo indicação em contrário.

Embora o alcance potencial do regime do acompanhamento se mostre amplo e o seu alcance real não se tenha ainda precisado², cingir-nos-emos à situação do sujeito afectado por uma *limitação na sua capacidade de facto para a formação da sua vontade juridicamente relevante*. Trata-se, pois, de uma limitação que actua no plano das suas faculdades cognitivas,

² Com a amplitude da *fattispecie* do artigo 138.º — reportando-se ao maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres — concorre a amplitude do espectro de medidas de acompanhamento decretáveis, que a lei não vincula a um figurino determinado, permitindo, no artigo 145.º, n.º 2, quaisquer intervenções devidamente explicitadas. Pelo menos numa primeira abordagem reentram, assim, na letra da lei os casos em que a pessoa enfrenta limitações (físicas) na mera formulação ou exteriorização da vontade, tendo plena capacidade de facto para a formação de uma vontade íntegra (pense-se no sujeito a quem doença neurológica impeça de se locomover, ou de falar e escrever, mas que mantenha íntegras as suas capacidades de avaliação de situações e determinação de uma vontade em consonância); assim como se poderia equacionar se cabem aqui os casos em que a pessoa carece de apoio na prática de operações materiais, que não estão ao serviço da emissão de declarações negociais ou da manifestação da vontade subjacente aos quase negócios jurídicos (pense-se no sujeito que precisa de quem o auxilie na sua higiene pessoal e doméstica ou confecção de alimentos diária). Na primeira hipótese teremos, porém, casos tendencialmente solucionáveis no âmbito da representação voluntária, podendo a pessoa servir-se das limitadas vias de comunicação que lhe estejam acessíveis para nomear um procurador; o instituto do acompanhamento terá eventualmente utilidade quando os sujeitos voluntariamente nomeados se escusam a actuar, permitindo uma nomeação com eficácia judicial. Na segunda hipótese, teremos casos enquadrados pelo estatuto do cuidador informal, ou pelo regime do Modelo de Apoio à Vida Independente (Decreto-Lei n.º 129/2017, de 9 de Outubro) — que, ao contrário do regime do acompanhamento, são vocacionados para um cuidado constante (vs. o artigo 146.º, apontando para uma periodicidade mínima aceitável mensal das visitas do acompanhante), e contemplam a retribuição que tal exige, quando o sujeito prestador não se encontre vinculado por deveres de cooperação (vs. o artigo 151.º, n.º 1, que parte de um princípio de gratuidade do exercício das funções pelo acompanhante).

afectando a capacidade de retenção, organização e interpretação de informação; ou que cria descompensações no plano volitivo. Neste último plano, tender-se-á a pensar nas *situações de compulsão* para a prática de negócios jurídicos, especialmente visadas na prodigalidade, enquanto fundamento da revogada inabilitação. Porém, poderão estar igualmente aqui em causa *situações de inibição ou apatia patológicas*, que impeçam o sujeito de levar a cabo os actos jurídicos do seu interesse.

Na nossa hipótese, não houve decretamento de medidas de acompanhamento, pelo que (salvo intervenção das normas sobre incapacidade acidental, a que aludiremos abaixo) o sujeito mantém a sua capacidade para o exercício de direitos no âmbito afectado pela incapacidade de facto.

Com efeito, note-se que o sujeito poderá *manter capacidade de exercício nesses âmbitos*, mesmo que o acompanhamento venha a ser decretado. Por exemplo, em situações como as que referimos ainda agora, em que o sujeito padece de períodos de prostração e apatia, este estará suficientemente protegido através da nomeação de um representante legal que possa actuar *concorrentemente face a ele* — que mantém, assim, capacidade —, colmatando as suas omissões. Nestas situações, o sujeito não se prejudica pela celebração de negócios jurídicos, que seja necessário vedar ou destruir; prejudica-se pela falta de celebração de negócios do seu interesse. Torna-se aqui visível o quanto o escopo da promoção da autonomia, que preside ao actual regime, pode prescindir do arsenal negativo de limitação da capacidade de exercício, e destruição de negócios jurídicos celebrados sem ela, ou celebrados na antecâmara da sua supressão, e munir-se de instrumentos positivos, em que a actuação de um terceiro é concorrente da da pessoa afectada e pode mesmo ser promocional desta (*v.g.*, compreendendo deveres de esclarecimento e apoio na decisão da pessoa, quando por ela solicitado).

Tornando ao recorte dos pressupostos da análise, estaremos perante contextos em que as limitações à capacidade de facto põem em causa, na terminologia do Código civil, a capacidade

do sujeito de exercer de modo pleno, pessoal e consciente os seus direitos e deveres. Em concreto, poderão impedi-lo, por exemplo, de: contratar serviços de enfermagem ou apoio doméstico, ou para realização de uma reparação urgente em sua casa; administrar devidamente o seu património, *v.g.*, imobiliário, controlando o pagamento de rendas, renegociando contratos, contratando reparações necessárias assegurando a venda de uma colheita; fazer os pagamentos relativos aos seus serviços correntes; adquirir medicamentos ou outros bens necessários à estabilização da sua saúde; avaliar a informação prestada quanto a certo acto médico proposto e consentir na sua prática; pagar salários de cuidadores; cumprir as suas obrigações fiscais; requerer prestações suplementares junto da segurança social,...

Na hipótese pressuposta, não há sujeitos de quem se possa exigir o cumprimento de deveres de cooperação ou assistência (artigo 140.º, n.º 2). Dada a restrição do círculo a quem incumbe tais deveres, basta que o sujeito não seja casado (artigos 1672.º e 1674.º), não tenha filhos ou pais vivos ou conhecidos (1874.º, quanto a ambos os casos) para que o vácuo se verifique.

Não está, por último, em marcha um processo tendente a decretar medidas de acompanhamento. Tal pode dever-se à falta de iniciativa do próprio afectado, associada a inércia ou falta de outros sujeitos a quem a lei atribua legitimidade para tal (artigo 141.º, n.º 1). Prefigure-se a hipótese em que o sujeito, não tendo cônjuge, tão-pouco esteja em união de facto ou tenha parentes sucessíveis; ou o caso em que o sujeito desconhece que há um processo de acompanhamento; ou conhece-o, mas receia ser declarado incapaz, ou é avesso a que um tribunal adopte certas medidas imperativas que o vincularão na sua esfera; ou conhece-o, mas é incapaz de vencer as suas limitações volitivas para pôr em marcha a acção. Tão-pouco estarão, pois, disponíveis as respostas próprias das providências cautelares, já que também estas brotam de um processo judicial.

Na verdade, embora o arco lógico que antecede a instauração de um processo de acompanhamento evocasse antes de mais a aplicação do regime da incapacidade acidental, previsto no artigo 257.º, a verdade é que este não resolve todos os problemas suscitados pela incapacidade de facto. Trata-se de um regime dotado de feição negativa, permitindo apenas libertar o incapaz, por via anulatória, de negócios jurídicos celebrados sem capacidade de facto³; não fornece, pois, resposta para a necessidade da pessoa afectada de que alguém actue no seu interesse. Em situações como as que recortámos, tende a ter protagonismo o papel dos vizinhos: estes não são parentes, pelo que não têm legitimidade para requerer o início do processo de acompanhamento; e estão existencialmente próximos, pelo que poderão aperceber-se das necessidades do incapaz de facto. Resta ver como se enquadra a sua actuação.

II. Vias de enquadramento

Quanto às vias disponíveis para acolher estas hipóteses, comece-se por salientar que, para lá da auto-tutela patente no mandato em vista de representação, o nosso ordenamento não cria uma solução específica para a tutela do incapaz de facto à margem do processo *judicial* de acompanhamento. Abordagem diferente é, por exemplo, a dos ordenamentos espanhol ou francês que, respectivamente, com os institutos da *guarda de hecho* ou da *sauvegarde de justice*, procuram

³ Claro está que poderão interferir também os regimes da redução (292.º) e conversão (293.º) de negócios jurídicos, que permitirão o aproveitamento de parte dos efeitos jurídicos, ou a prossecução dos efeitos práticos do negócio em causa. Porém, estes requerem que tenha sido celebrado o negócio anulável, o que estará comprometido em caso de limitações volitivas; e estão associados a riscos probatórios (de prova de vontade hipotética contrária, no caso da redução, ou de se não provar vontade hipotética concordante, no caso da conversão).

permitir um funcionamento estável e controlado de soluções informais⁴.

As várias vias de protecção extrajudicial disponíveis no ordenamento nacional correspondem, como veremos, a institutos gerais que actuam aqui de modo pontual, não havendo, na verdade, como, sem concitar a intervenção controladora do Ministério Público, conseguir certeza quanto ao efeito destas intervenções, ou garantir mesmo que servem efectivamente a protecção do sujeito afectado.

Analisaremos em primeiro lugar soluções assentes na própria iniciativa da pessoa afectada, sendo uma manifestação de auto-tutela. Passaremos depois às situações em que a tutela parte da iniciativa de terceiros.

§1. Auto-tutela

a) Mandato em vista do acompanhamento

A via extrajudicial específica de prover de modo duradouro às necessidades colocadas por uma incapacidade de facto é a do mandato em vista do acompanhamento. Constando a sua análise crítica de um outro texto deste escrito⁵, limitamo-nos aqui a fazer-lhe referência.

⁴ Cfr. Paula Távora VÍTOR, *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 101 e s.; Montserrat PEREÑA VICENTE, “La transformación de la guarda de hecho en el anteproyecto de Ley”, *Revista de Derecho Civil* 3 (2018) 61-83, *passim*; François TERRÉ / Dominique FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes*, Paris: Dalloz, 2012, 716 e s.

⁵ Da autoria de Paula Távora Vítor.

b) Contratos duradouros que incluam prestações de apoio de processos de decisão e eventualmente celebração ou execução de negócios pelo maior

Têm aqui relevância, sobretudo, contratos celebrados com entidades que explorem residências seniores ou de acolhimento de sujeitos com necessidades especiais. Trata-se tipicamente de contratos mistos, que incluem sobretudo a prestação de serviços diversos, e podem incluir também o fornecimento de bens (*v.g.*, alimentares).

Para o que aqui importa, podem incluir, desde logo, prestações acessórias de apoio nos negócios da vida corrente — por exemplo, auxílio na compreensão de contratos com entidades bancárias, ou na compreensão do conteúdo e exercício de direitos em relação à Segurança social. Nestes casos, porém, há um mero apoio à decisão autónoma por parte da pessoa afectada, e não a prática de actos jurídicos por conta desta. Em função dos contornos da sua incapacidade de facto, a prática de actos necessários ou convenientes poderá, pois, ficar comprometida.

Os contratos podem, porém, incluir uma verdadeira obrigação, assumida pela instituição de acolhimento, de praticar actos jurídicos em nome ou por conta do maior. Estaremos então perante a prestação característica do contrato de mandato, conforme descrita pelo artigo 1157.º. E incidirão, pois, as regras do mandato sobre o correspondente segmento do contrato misto em causa⁶.

⁶ Defendendo a aplicação do método combinatório quanto às normas ou problemas que tocam directamente e apenas a prestação em causa, Francisco Manuel de Brito Pereira COELHO, *Contratos complexos e complexos contratuais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 311 e s. Embora, como é claro, a falta de capacidade afecte o contrato na sua unidade, as normas relativas à aprovação da actuação do mandatário — aprovação que poderá ficar comprometida por falta de capacidade — concernem directamente e apenas à prestação típica do mandato.

c) Contratos de mandato relativamente ad hoc

Trata-se agora das situações em que o sujeito contrata com outrem para assegurar a prática de actos jurídicos necessários para resolução de um certo problema prático com que se debata. Contrata, por exemplo, um advogado para assegurar a gestão do seu património; ou pede a um vizinho que se dirija em vez dele ao Banco, que cobre as rendas que lhe são devidas, ou que o ajude a encontrar um enfermeiro ou auxiliar doméstico e “trate” com ele o respectivo contrato.

Estaremos perante contratos de mandato, onerosos ou gratuitos, e nos quais os poderes outorgados ao mandatário estão delimitados pelo âmbito e subsistência do problema a tratar.

d) Problemas colocados pela limitação da capacidade de facto do mandante

A celebração do contrato de mandato pressupõe, como ocorre face a qualquer outro contrato, a capacidade das partes. Tal não retira, porém, parece-nos, ao mandato interesse prático para afrontar problemas de falta de capacidade de facto do mandante para a prática de actos jurídicos. Assim, se pensarmos nas limitações volitivas acima referidas, descortinaremos situações em que o sujeito tem capacidade para a celebração do contrato de mandato, embora a sua inibição ou prostração o impeça da prática dos concretos actos jurídicos que o integram (pense-se no sujeito que pede ao seu vizinho que encontre alguém que lhe preste serviços de limpeza ou reparação doméstica, que trate a sua contratação e faça o respectivo pagamento).

Tão-pouco se pode dizer que um contrato validamente celebrado não venha a enfrentar vicissitudes por falta de capacidade do mandante. Sendo este um contrato duradouro, pode a capacidade de facto do mandante vir a degradar-se ao

longo da sua vigência, assim como pode vir a ser instaurado um processo de acompanhamento, com decretamento de uma esfera de incapacidade de exercício que afecte o âmbito do mandato.

A perda de capacidade jurídica para o exercício de direitos projecta-se sobre o contrato celebrado. Assim, para futuro, o mandato caduca por falta de capacidade do mandante (artigo 1174.º, b). E, quanto aos efeitos que o contrato haja já produzido, colocam-se problemas no plano da aprovação dos actos praticados em sua execução. Com efeito, uma vez executado o mandato, o mandatário deve informar de tal o mandante, prestar-lhe contas e entregar-lhe o que recebeu e não despendeu no exercício do mandato (artigo 1161.º). Tal é a base para que o mandante possa controlar a actuação do mandatário e, caso o seu juízo seja favorável, proceder à aprovação do mandato, nos termos do artigo 1163.º. Produzem-se então as consequências da irresponsabilização do mandatário pelos danos causados, ainda que com culpa sua, bem como do reconhecimento da exactidão das contas e dos créditos por ele reclamados e da outorga a ele, mandatário, do direito às despesas com juros legais a partir da sua realização, à indemnização dos prejuízos que tenha sofrido com a gestão (artigos 469.º e 468.º, n.º 1, aplicáveis por analogia) e à sua remuneração, quando não se tenha convencionado diversamente.

Uma vez que se trate de perda de capacidade jurídica para o exercício de direitos, devidamente decretada por tribunal, tais efeitos não gerarão problemas de monta: no processo de acompanhamento terá sido organizado o suprimento da incapacidade declarada, cabendo agora ao acompanhante a celebração de novos contratos de mandato e a aprovação ou rejeição do mandato executado.

Surgirão já, porém, dificuldades quando não tenha havido decretamento judicial da incapacidade, mas a capacidade esteja de facto comprometida — encontrando-se entretanto o mandante, por exemplo, em estado de confusão mental

ou profunda apatia. Perante a total omissão da parte do mandante, poderia operar o artigo 1163.º, o qual determina que, comunicada a execução ou inexecução do mandato, o silêncio do mandante por tempo superior àquele em que teria de pronunciar-se, segundo os usos ou, na falta destes, de acordo com a natureza do assunto, vale como aprovação da conduta do mandatário, ainda que este haja excedido os limites do mandato ou desrespeitado as instruções do mandante, salvo acordo em contrário. Na verdade, pese embora a sua epígrafe, que se refere à aprovação tácita da execução, a norma cria, sim, uma das hipóteses em que o silêncio possui valor declarativo⁷.

Ora, quer se considere que o silêncio é aí valorado como simples facto jurídico associado à produção de um puro efeito *ex lege*, quer se considere que ele é valorado como comportamento concludente que suporta uma verdadeira declaração negocial⁸, a mobilização da norma em causa revela-se problemática quando tal silêncio provenha da esfera de um incapaz de facto. Considerando-se que a norma se reporta a uma verdadeira declaração negocial, estará a sua eficácia comprometida pela falta de consciência da declaração que se poderá frequentemente verificar da parte do incapaz, o qual *não reunirá condições para imputar à sua omissão valor de declaração*; e sempre são aqui aplicáveis as regras gerais da capacidade, e entre elas a da incapacidade accidental⁹. E, quando se queria

⁷ Paulo Mota PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra: Almedina, 1995, 665-666.

⁸ Sobre a discussão em causa, Paulo Mota PINTO, *Declaração tácita*, 690 e s., defendendo a qualificação do silêncio enquadrado pelo artigo 1163.º como facto concludente em Carlos Alberto da Mota PINTO / António Pinto MONTEIRO / Paulo Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 424, em nota.

⁹ Paulo Mota PINTO, *Declaração tácita*, 412 e s., 703 e 704 e s. Note-se que na p. 714 se rejeita a relevância da falta de consciência do valor declarativo do silêncio nas hipóteses em que o silêncio é objecto de valo-

qualificar o silêncio como puro facto jurídico, *tão-pouco a norma deve vigorar na sua plena extensão*. Haverá que proceder à sua redução teleológica, pelo menos quando a falta de capacidade de facto seja cognoscível para o mandatário-declaratário — e, tornando à hipótese pressuposta da actuação de um vizinho, que mantém o contacto próximo com o sujeito afectado, essa possibilidade não será uma mera hipótese teórica. Havendo cognoscibilidade das limitações que impedem a declaração de uma vontade íntegra, faltarão a confiança legítima em que a sua aprovação, decorrente dos usos ou de acordo com a natureza do negócio, pudesse de algum modo ser pretendida pelo mandante omissor¹⁰. De outro modo, produzir-se-ia aliás uma antinomia normativa em relação ao regime da incapacidade accidental, já que o mandatário ficaria em melhor posição no caso de total omissão da sua contraparte, do que no caso de emissão de verdadeira declaração de aprovação, porquanto, reunindo-se incapacidade de facto e cognoscibilidade dela, a declaração seria anulável.

Perante esta constelação de incapacidade de facto não suprida, em suma, encontramos, em prejuízo dos interesses do mandante, a falta das faculdades necessárias a um efectivo controlo da execução do mandato; e, em prejuízo do mandatário, a omissão da declaração de aprovação do mandato, que lhe permitiria efectivar os seus direitos e ver-se liberto de responsabilidades — sendo que na generalidade destes casos a tal omissão não poderá ser atribuído valor declarativo.

ração típica pelos usos; parece-nos, porém, que esta é das hipóteses em que a falta de consciência é mais funda do que o mero desconhecimento do significado do comportamento omissivo, derivando de limitações que atingem o próprio substrato desse juízo, incidindo na capacidade de avaliar globalmente a situação em causa, ou mesmo de actuar face a ela.

¹⁰ Paulo Mota PINTO, *Declaração tácita*, 715-717; nos demais casos, poderá eventualmente apelar-se ao carácter de força maior de uma incapacidade de facto profunda.

§2. *Hetero-tutela*

a) Consentimento presumido

No plano da hetero-tutela dos interesses do incapaz de facto, releva, em primeiro lugar, a figura do consentimento presumido, abrigada no artigo 340.º, n.º 3. Nos seus termos, tem-se por consentida a lesão quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.

O consentimento presumido configura uma causa de justificação para uma ingerência na esfera alheia que de outro modo seria ilícita. Ao contrário das hipóteses de consentimento propriamente ditas, não assenta em razões de autodeterminação do lesado, mas numa *razão de necessidade*¹¹. Por isso, tem uma intencionalidade inteiramente idêntica à gestão de negócios, de que falaremos de seguida¹².

Porém, ao contrário da gestão de negócios, esta figura não enquadra regulatoriamente toda a intervenção não autorizada, não definindo os direitos e deveres que a acompanham. Limita-se a responder à questão da ilicitude/licitude de quem interfere de modo não autorizado na esfera de outrem. Por isso, tem consabidamente um grande alcance em sede de intervenções médicas que revistam carácter de urgência ou perigo iminente, que não permita, em tempo útil, apurar a vontade real do sujeito.

¹¹ Geraldo Rocha RIBEIRO, *A protecção do incapaz adulto no Direito português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 243 e s.

¹² Aliás, alguma doutrina considera que se trata de uma manifestação da gestão de negócios enquanto causa de justificação (Philipp BRENNECKE, *Arztliche Geschäftsführung ohne Auftrag*, Heidelberg, etc: Springer, 2010, esp. 232 e s.).

Para a determinação dos direitos e obrigações que promanam da intervenção não autorizada, e para o enquadramento de intervenções que impliquem a prática de actos jurídicos que afectem terceiros, teremos que recorrer aos quadros mais amplos da gestão de negócios.

b) Gestão de negócios

i) Enquadramento

Nos termos do artigo 464.º CC, dá-se a gestão de negócios quando uma pessoa assume a direcção de negócio alheio no interesse e por conta do respectivo dono, sem para tal estar autorizada. Abordaremos aqui o instituto de modo funcional, ou seja, apenas na medida do requerido para o tratamento dos problemas aqui tratados.

No tocante aos pressupostos da intervenção, é de interesse lembrar que o negócio alheio se compreende como “interesse alheio”, podendo ser moral ou material¹³; e que se exige em geral que haja intenção de actuar em proveito alheio, não bastando a utilidade objectiva da intervenção¹⁴. Relativamente à falta de autorização do gestor, salientam-se os casos, muito comuns nesta sede, em que um sujeito, autorizado a actuar em vista de certa finalidade, acaba por ser sentir compelido a actuar para lá do âmbito material dos poderes concedidos, ou depois de eles se extinguirem. É o caso do vizinho mandatado para assegurar um serviço de reparação, que, no curso dessa actividade, se apercebe de que há outras reparações urgentes, a que o incapaz não logra atender, incumbindo-se também da sua contratação; ou que paga despesas correntes do incapaz ou

¹³ João de Matos Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, Coimbra: Almedina, 2000, 452.

¹⁴ Geraldo Rocha RIBEIRO, *A protecção do incapaz adulto*, 252.

adquire medicamentos de que este necessite, usando montantes ou dados bancários que o incapaz lhe tenha indicado para uma outra finalidade, quando se apercebe de que ele não logra realizar tais tarefas em tempo útil.

A actuação ao serviço deste interesse alheio, não sendo autorizada, seria à partida ilícita; ela apenas se justifica na medida em que seja necessária, tendo feição subsidiária. Assim, no momento em que a intervenção tem lugar, esta deve aparecer como exigida para evitar a produção de prejuízos graves na esfera do *dominus*, que este parece não estar em condições de evitar. E também o âmbito e conteúdo dos poderes do gestor se encontram limitados pelo mesmo critério, apenas lhe permitindo adoptar actos estritamente necessários à protecção do *dominus*.

Antes de entrarmos na análise dos problemas suscitados pela incapacidade de facto do *dominus*, saliente-se que, em função do âmbito de capacidade que este aparente deter, será possível que a gestão cesse a breve trecho e seja substituída por medidas de tutela voluntárias. Com efeito, um dos deveres que impendem sobre o gestor é o de, conforme o artigo 465.º *b*), avisar o dono do negócio, logo que seja possível, de que assumiu a gestão. Tomando conhecimento da gestão, o *dominus* poderá então manter o negócio sob o seu controlo, ainda que indirecto: pode então transformar a intervenção num mandato, ou, preferindo-o, mandar outro sujeito¹⁵. Tudo isto só vale, porém, se o maior portador de deficiência tiver capacidade (ao menos, aparente) para o mandato, sendo precluído pela aplicação das regras da incapacidade accidental.

¹⁵ Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 466; Luís Manuel Teles de Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, I, Coimbra: Almedina, 2010, 517.

ii) *Problemas suscitados pela incapacidade de facto para a aprovação da gestão*

Em primeiro lugar, o regime suscita problemas em sede de apreciação da actuação do gestor. Problemas que, tal como visto acima em relação à aprovação da execução do mandato, se alinham em duas frentes: falta tanto o controlo do cumprimento dos deveres do gestor e da conformidade da sua actuação (artigo 465.º); como o reconhecimento dos direitos que lhe competem — reembolso de despesas, indemnização de prejuízos, e eventual atribuição de remuneração¹⁶ —, e a certeza de que não terá que reparar os por danos causados por sua culpa.

Ora, tal apreciação pode ser efectuada por uma de duas vias. Em primeiro lugar, através da aprovação da gestão por parte do *dominus*, enquanto juízo global em relação à actuação do gestor, considerando-a conforme ao seu interesse e à sua vontade (artigo 469.º)¹⁷. Em alternativa, assenta na iniciativa do gestor, que prova que actuou de modo regular e em conformidade com o interesse e a vontade do *dominus*¹⁸.

Em qualquer caso, porém, é necessário que o *dominus*, ou alguém por ele, possa escrutinar e aprovar a gestão — o que se torna inviável quer *quando o dominus se remeta à pura inacção* (nem sequer em termos formais se pode apelar aqui a uma norma como a do 1163.º), quer quando *ao gestor seja cognoscível a incapacidade de facto* (atento o regime da incapacidade acidental)¹⁹.

¹⁶ Segundo L. M. T. Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, I, 520, a remuneração deveria ser devida mesmo quando não se tratasse de actividade profissional, já que na sociedade actual a prestação de serviços geralmente implica uma retribuição.

¹⁷ Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 467; L. M. T. Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, I, 520.

¹⁸ Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 468-469.

¹⁹ Paula Távora VÍTOR, *A administração do património das pessoas com*

Idêntico vácuo de competência se verifica no tocante à ratificação de cada um dos negócios celebrados, quando a gestão tenha sido representativa (artigo 268.º)²⁰. Não havendo ratificação, o negócio não produz efeitos, nem em relação ao *dominus*, nem em relação ao gestor²¹.

O sujeito legitimado para o preenchimento deste vazio é o Ministério Público, a quem a lei atribui a competência cimeira de representação dos incapazes (artigo 3.º, n.º 1, a), do Estatuto do Ministério Público). É a ele que incumbe o suprimento do consentimento do incapaz, o que vale também quando se trate de mera incapacidade de facto (artigos 2.º, n.º 1, a) e 3.º, n.º 4, do Decreto-Lei 272/2001, de 13 de Outubro que regula os Processos da competência do MP e das Conservatórias do Registo Civil)²².

capacidade diminuída, 99-100; salientando a relevância da vontade informada do gestor (que a aprovação apenas procede se o dono tiver um conhecimento suficiente da execução), Júlio Manuel Vieira GOMES, *A gestão de negócios, Um instituto jurídico numa encruzilhada*, Separata do *BFD* 39 (1993) 177.

²⁰ Paula Távora VÍTOR, *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*, 100-101. Também em sede de representação sem poderes encontramos uma norma pela qual ao silêncio se atribui valor declarativo, parecendo ele aqui ser valorado como mero facto jurídico (Paulo Mota PINTO, *Declaração tácita*, 714). Trata-se do n.º 3 do artigo 268.º, nos termos do qual se considera negada a ratificação, se não for feita dentro do prazo que a outra parte fixar para o efeito. Porém, o efeito que dele decorre é o da rejeição da ratificação, não correspondendo o accionamento da norma sequer a uma solução à partida desejável do ponto de vista dos interesses da contraparte (mais ainda, atento o disposto no n.º 4 do mesmo preceito).

²¹ Se foi realizada alguma prestação, há lugar à sua restituição de acordo com as regras do enriquecimento sem causa (L. M. T. Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, I, 522).

²² Paula Távora VÍTOR, *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*, 107 e s.; Geraldo Rocha RIBEIRO, *A protecção do incapaz adulto*, 237 e s.

Não tendo o dever de concitar a actuação do Ministério Público, o gestor parece ter legitimidade para requerer que este supra a falta de declaração do incapaz — tem interesse directo na causa, já que retira utilidade da procedência da acção (artigo 30.º, n.ºs 1 e 2, do CPC).

Porém, acautelado que possa ficar o interesse do concreto gestor ou contrapartes dos negócios por ele celebrados, tal não significa que fique acautelada a generalidade dos interesses do *dominus* incapaz. O Ministério Público não tem vocação para assegurar uma administração regular do património, mas apenas para controlar e validar certos actos que sejam apresentados perante ele.

Dispõe já, sim, de legitimidade para requerer a instauração de um processo de acompanhamento, o que poderá afigurar-se indicado — mais ainda porque, uma vez iniciado o processo, o tribunal poderá então nomear um acompanhante provisório, com competência para aprovar ou não a gestão e ratificar ou não os negócios em causa.

iii) Problemas quanto à aptidão da gestão de negócios para enquadrar uma adequada administração da esfera do incapaz

Resulta já de quanto fomos dizendo que o instituto da gestão de negócios, nos seus quadros gerais, não fornece um bom enquadramento para uma adequada administração da generalidade dos interesses do incapaz.

É assim quer se tenha assumido gestão representativa, quer se trate de gestão não representativa.

Tratando-se de gestão representativa, a tentativa do gestor de celebrar negócios em nome do *dominus* pode ser desde logo inviabilizada, se a contraparte pedir a justificação dos poderes do representante, precavendo-se contra a falta deles (cfr. artigo 260.º). Não tendo o gestor como provar os seus poderes, a declaração em causa não produzirá efeitos.

Ainda que os negócios passem este primeiro crivo, não procedendo a contraparte ao escrutínio da legitimidade do gestor, ver-se-ão então expostos à incerteza derivada da falta de sujeito legitimado para os ratificar, a que aludimos acima. O negócio não produzirá então efeitos perante o dono — e, tratando-se de uma situação de ineficácia, esta pode manter-se por um lapso temporal consideravelmente longo e indefinido. Para obviar a este estado de incerteza, poderá a contraparte revogar ou rejeitar o negócio, ou eventualmente suscitar a recusa de ratificação; e, por via judicial, como visto, poderá ser suscitada a intervenção pontual do Ministério Público. Nenhuma destas soluções é, porém, desejável, redundando em desincentivos à contratação com o gestor de negócios do incapaz.

Claro está que os riscos da actuação sem poderes não são privativos das situações de incapacidade de facto, e que a contraparte pode sempre precaver-se pedindo, conforme referido, a justificação dos poderes do representante²³. Contudo, a dimensão do problema é aqui maior, já que a situação de falta de capacidade pode prolongar-se no tempo e dar origem a várias situações de actuação sem poderes.

Tratando-se de gestão não representativa, o gestor actua em seu próprio nome, sem revelar à contraparte a identidade do dono, a quem transferirá os efeitos práticos da sua actuação²⁴. Os problemas aqui detectados decorrem das incertezas quanto à recuperação dos custos incorridos pelo gestor e percepção da remuneração que lhe fosse devida, e que vimos vendo serem fruto das dificuldades em obter a aprovação da gestão.

Ora, a prossecução dos interesses do incapaz de facto será muito plausivelmente onerosa para quem dela se desincumbe. Poderá exigir uma boa quantidade de tempo, prejudicando o exercício de outras actividades; e provavelmente consumirá

²³ Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 469.

²⁴ Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 455-456.

também recursos materiais. Acresce ainda, decisivamente, que quem a inicia, não a pode interromper *injustificadamente*: o 466.º, n.º 1, protege o *dominus*, impondo a reparação dos danos causados com a interrupção injustificada da gestão. No caso de incapacidade de facto, entende-se que o gestor tem que a manter até que cesse a incapacidade ou seja determinado um modo de a suprir²⁵.

Por outro lado, não há, salvo onde incida dever de garante penal, dever de assumir a gestão de negócio alheio. A posição de garante para efeitos jurídico-penais poderá aqui surgir nas constelações de “monopólio de facto”²⁶ — nas hipóteses em causa, seria o caso em que o vizinho é o único sujeito em condições de agir, tendo um *domínio fáctico absoluto e próximo da situação*, estando, por outro lado, os bens jurídicos do incapaz de facto em *perigo agudo e iminente* e podendo o vizinho levar a cabo uma acção de protecção dos bens jurídicos *sem incorrer numa situação danosa ou perigosa para si mesmo*. O fundamento para esta manifestação do dever é a abissal desproporção entre o perigo agudo que impende sobre o bem jurídico e a quantidade de esforço necessária para o salvar. Tal pode estar presente em situações extremas e pontuais, mas não enquadra a generalidade dos casos, em que não se imporá ao gestor que intervenha.

Encontramos, em suma, poderosos desincentivos à assunção da gestão, que, associados ao facto de não haver em geral qualquer dever de a assumir, ou sequer de alertar o Ministério Público ou a Segurança Social, geram vazios na protecção do incapaz de facto.

²⁵ Paula Távora VÍTOR, *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*, 96-97; Geraldo Rocha RIBEIRO, *A protecção do incapaz adulto*, 253.

²⁶ Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito penal, Parte geral, I, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, , 2007, 938 e s.

III. Conclusão

O sobrevoos rápido deste arco lógico prévio a (ou independente de) um processo de decretamento de medidas de acompanhamento permite-nos extrair algumas conclusões. Vimos que os mecanismos disponíveis para protecção do incapaz de facto nesta sede são mecanismos de feição geral, e não talhados para a incapacidade; e que apenas se adequam a dar respostas pontuais, não garantindo a produção de efeitos com estabilidade. Mesmo a intervenção do Ministério Público em sede de suprimento do consentimento serve para controlar e validar certos actos específicos, e não para assegurar uma administração regular do património.

O actual regime que enquadra a limitação da capacidade de facto de sujeitos maiores parece, pois, *verdadeiramente dependente da intervenção do tribunal*, que poderá decretar medidas duradouras para protecção geral da pessoa e bens do maior e, entretanto, decretar medidas de tutela provisória. Deve lembrar-se que esta não é a situação desejável do ponto de vista do princípio da necessidade e subsidiariedade, que, concretizado em relação a este âmbito já pela Recomendação n.º R (99) 4 do Conselho da Europa (*Principes concernant la protection juridique des majeurs*, Princípio 5), determina que as medidas de tutela informal devem ter prevalência face às medidas de carácter judicial.

De resto, a intervenção do tribunal está dependente do seu accionamento pelos sujeitos legitimados. Assim, se a pessoa em causa se encontrar manietada pela sua incapacidade de facto, ou tiver receios em relação à ablação da sua competência, e não interpuser a acção, e se por outro lado não estiver casada ou unida de facto, e não tiver contacto próximo com qualquer parente sucessível, restará apenas a legitimidade do Ministério Público para fazer o sistema de protecção funcionar. Enquanto

o Ministério Público não for alertado (e não há dever geral de o fazer), a situação do incapaz poderá precarizar-se de modo crescente. Justificar-se-ia, pois, porventura criar um dever de o advertir para situações em que um sujeito, por sofrer de uma limitação da sua capacidade de facto, não logre gerir devidamente a sua pessoa ou os seus bens, criando-se assim uma ponte entre as pessoas factualmente próximas do contexto da incapacidade de facto e aquele que é o vértice do sistema de sua protecção.

O “MANDATO COM VISTA AO ACOMPANHAMENTO”

PAULA TÁVORA VÍTOR

1. Introdução

O presente texto debruça-se sobre aquele que é porventura o instrumento de proteção mais discreto introduzido pela nova lei (Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto), mas, apesar disso, o seu *instrumento primeiro* — o “mandato com vista ao acompanhamento” (MVA). A afirmação da *centralidade* dos instrumentos voluntários de planeamento das situações de diminuição de capacidade, e deste mandato em particular, não espantará uma vez que se escora nos instrumentos internacionais que moldam o novo paradigma de salvaguarda das pessoas com capacidade diminuída, é plenamente assumida nas reformas mais recentes de outros ordenamentos jurídicos¹

¹ Pense-se, por exemplo, no papel assumido por estes instrumentos na recentíssima reforma austríaca de Julho de 2018 (2. *Erwachsenenschutz-Gesetz* (222/ME) ou no funcionamento do princípio da necessidade no

e é considerada a via mais relevante para abordar problemas transfronteiriços de proteção de adultos vulneráveis, no atual entendimento da aplicação da Convenção da Haia de 2000².

Este apelo intemporal ao controlo da própria vida a que os instrumentos voluntários respondem, à possibilidade de decidir mesmo quando a faculdade de a entender e de nos determinarmos em função desse entendimento já não exista, não é meramente o produto do atual entendimento do que comporta o exercício dos direitos fundamentais, mas este torna urgente a criação de meios para a sua concretização.

A presença de instrumentos jurídicos com este fito no ordenamento jurídico português não é inédita, mas é recente. Em 2012, foram introduzidas as *directivas antecipadas de vontade*, sob a forma de testamento vital, e o procurador para cuidados de saúde³. Todavia, estas figuras ocupam ainda uma

ordenamento jurídico alemão, que determina que, na presença de *Vorsorgevollmacht*, não seja instituída a *Betreuung* (para. 1896 (3) BGB).

² Vejam-se as conclusões e recomendações da disponíveis em <<https://assets.hcch.net/docs/88f10f24-81ad-42ac-842c-315025679d40.pdf>>, mas também Paul LAGARDE, *Explanatory Report on the Protection of Adults Convention*, The Hague: Hague Conference on Private International Law, 2017, 74.

³ Foram consagradas na Lei n.º 25/2012, de 16 de julho, mas eram já anteriormente objeto de atenção por parte da doutrina nacional. Ver, entre outros, João Carlos LOUREIRO, “Metáfora do Vegetal ou Metáfora do Pessoal? — considerações em torno do estado vegetativo crónico”, *Cadernos de Bioética* 8, 41; André Dias PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 250 s.; Paula Távora VÍTOR, “Procurador para Cuidados de Saúde — importância de um novo decisor”, *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 1/1 (2005); Vera Lúcia RAPOSO, “Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida”, *Revista do Ministério Público* 125 (Janeiro/Março de 2011); Geraldo Rocha RIBEIRO, “Direito à autodeterminação e directivas antecipadas: o caso português”, *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 10/19 (2013); Paula Távora VÍTOR, “O apelo de Ulisses — o novo regime do Procurador de Cuidados de Saúde na lei portuguesa”, *Revista Julgar* (2014); Geraldo Rocha RIBEIRO, “O sistema de proteção de adultos (incapazes) do Código Civil à luz

posição muito lateral no sistema de salvaguarda de adultos, pelo carácter limitado do seu objeto. Não acontece o mesmo com o novo MVA, potencialmente abrangente de todas as matérias que digam respeito à vida do mandante, e que deve, portanto, assumir um papel de charneira no seio da sua proteção.

2. A centralidade do “mandato com vista ao acompanhamento”

A centralidade da figura do MVA decorre de dois princípios estruturantes que presidem ao novo paradigma de salvaguarda das pessoas vulneráveis: o princípio da autonomia e o princípio da subsidiariedade.

A consagração de instrumentos voluntários no seio dos sistemas de salvaguarda de adultos é o testemunho do atual entendimento de que a sua situação jurídica deixou de ser entendida como o problema de *alguns*, de uma categoria excludente e excluída, a que pertenceriam os tradicionalmente chamados incapazes *semper et nunc* ou os que a doença mental teria lançado para as franjas da condição humana. As soluções jurídicas que agora se avançam dirão respeito potencialmente *a todos*, reconhecendo o interesse em planear uma incapacidade futura a todos os que estejam em condições de o fazer. De facto, o *princípio da autonomia*, é precisamente um dos princípios estruturantes do novo sistema⁴. E é-o também pelo papel que a promoção da autonomia das pessoas desempenha

do art. 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, Almedina, 2016, 1144-1150.

⁴ Veja-se na expressão constitucional do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º da CRP) J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 464-465, e as recomendações do Conselho da Europa de 1999 e de 2009.

como um dos elementos essenciais na reabilitação na área da saúde mental⁵.

Para além do respeito pela autonomia, a compreensão hodierna da salvaguarda dos direitos fundamentais de todos os cidadãos também depõe a favor do MVA⁶. O *princípio da subsidiariedade*⁷, consagrado constitucionalmente⁸, plasmado na Convenção das Nações Unidas⁹ e enunciado já nas incontornáveis Recomendações do Conselho da Europa de 1999 e de 2009¹⁰ sobre estas matérias assume aqui um papel diretivo. Este princípio determina que sejam privilegiados *meios menos formais e menos intrusivos*, quer *produtos de autodeterminação*, quer resultado da *intervenção de terceiros*. Daqui decorre que, de forma a salvaguardar os interesses do beneficiário, o sistema deverá, antes de mais, respeitar a *determinação* que cada um faça *do seu esquema de apoio*, através

⁵ Sofia MARQUES / Fernando VIEIRA, “Proteção da Autonomia na Incapacidade — novas exigências ao regime jurídico português”, *Revista Jurídica* 34 (2018) 65.

⁶ Daí também o favor que colheu de António Pinto MONTEIRO, “Das Incapacidades ao Maior Acompanhado, Breve Apresentação da Lei n.º 49/2018”, *RLJ* 148 (Novembro-Dezembro de 2018) 77.

⁷ A este propósito no contexto nacional, veja-se a análise de Geraldo Rocha RIBEIRO, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, em particular 449-452.

⁸ V. J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 392-393.

⁹ Ver, em particular, o Preâmbulo da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

¹⁰ Ver CONSEIL DE L'EUROPE (Conselho da Europa), *Principes concernant la protection juridique des majeurs incapables — Recommandation n. R (99) 4 et exposé des motifs*, Strasbourg: Editions du Conseil de l'Europe, juillet, 1999, em particular o princípio 5, e *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.

do exercício da sua autonomia e conceder relevância jurídica ao importante *fenómeno social da prestação de cuidado pelas estruturas familiares e sociais*. Só a prioridade concedida a estes meios permite acautelar a *esfera da vida privada* (e, por vezes, familiar) da pessoa de forma mais efetiva.¹¹

Ora, também em função deste princípio, o MVA é o *primeiro instrumento do sistema*, precedendo qualquer recurso a meios formais, mas também a meios informais. Quanto a estes, aliás, importa referir que o legislador optou por não proceder à sua densificação, nomeadamente através da previsão de figuras de *gestão de negócios plus*, adaptadas à situação de um *dominus negotii* com capacidade diminuída, que existem noutros ordenamentos jurídicos¹². A referência aos meios informais no novo regime do maior acompanhado remete para “deveres gerais de cooperação e de assistência”. Tal tipo de deveres existe no âmbito familiar, em que o dever de cooperação é necessariamente limitado apenas ao cônjuge, quanto aos sujeitos obrigados (artigo 1674.º do Código Civil) e a pais e filhos (artigo 1874.º do Código Civil); e o dever de assistência diz respeito garantia do sustento patrimonial, à margem, portanto das matérias que aqui nos ocupam¹³. Só se poderá pensar adicionalmente em *deveres de carácter assistencial*

¹¹ Equacionando o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como justificador de limites à interferência do Estado, v. Luísa NETO, “Vulnerabilidade e Capacidade de gozo e de exercício de direitos à luz do livre desenvolvimento da personalidade constitucionalmente previsto”, in *Autonomia e capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência* (e-book) (investigadoras responsáveis: Luísa Neto e Anabela Costa Leão), publicação correspondente a catas do seminário “Autonomia e capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência”, Porto: Universidade do Porto / Biblioteca Red / Centro de Investigação Político-Económica, 94.

¹² Veja-se a *guarda de hecho* no ordenamento jurídico espanhol (artigo 304.º do Código Civil espanhol) ou a figura da gestão de negócios na *sauvegarde de justice* francesa (artigo 436.º do *Code Civil*).

¹³ Paula Távora VÍTOR, “O dever familiar de cuidar dos mais velhos”, *Lex Familiae — Revista Portuguesa de Direito da Família* 5/10 Coimbra Editora, Coimbra (2008) 49-54.

que decorram de determinados contratos, nomeadamente de prestação de serviços, mas, neste caso, nem impropriamente poderemos crismá-los como gerais¹⁴. Por fim, há que equacionar a possibilidade de o legislador se ter querido referir de forma muito ampla aos *deveres de instituições* com incumbências nesta área (veja-se, a este propósito, o funcionamento do “modelo de apoio à vida independente” — MAVI (Decreto-lei n.º 129/2017, de 9 de outubro).

3. A figura jurídica eleita

O regime do maior acompanhado introduziu com o MVA uma nova figura de mandato (artigo 156.º do Código Civil), que alarga o leque dos instrumentos jurídicos disponíveis no nosso ordenamento jurídico, servindo a ideia de flexibilidade que se quererá introduzir.

Ao consagrar um novo instrumento voluntário de apoio às situações de capacidade diminuída, optou pelo mandato e *não pela procuração*, que decalcaria os *durable* ou *enduring powers of attorney* anglo-saxónicos. A figura do mandato permite-nos fazer face a uma das críticas dirigidas ao instrumento dos países de *common law* — o facto de este mecanismo *não criar para o representante a obrigação de agir*¹⁵. Ao abrigo da mera procuração, o representante poderia em qualquer altura cessar a sua atuação,

¹⁴ Nem gerais serão também os “direitos não clínicos” que decorrem do artigo 9.º da Lei 31/2018, de 18 de julho, nomeadamente da sua al. d), que permite designar familiar ou cuidador de referência que assista a pessoa.

¹⁵ Ver esta ideia já em Carolyn DESSIN, “Acting as an Agent Under a Financial Durable Power of Attorney: An Unscripted Role”, *Nebraska Law Review* (1996) 586, para a figura do *common law* ou, a propósito do *mandat de protection future* francês, a necessidade de extrair as consequências do mandato geral em Phillipe POTENTIER, “Le mandat de protection future entre écriture et pratique”, *Defrénois, la Revue du Notariat* 10 (8 mars 2018) 31.

deixando a pessoa vulnerável numa situação de desproteção¹⁶.

Ora, o *mandato*, enquanto contrato de prestação de serviços, cria para o mandatário uma obrigação de agir. E, assim, a inação deste pode inclusivamente gerar a sua responsabilidade pelo incumprimento de deveres contratuais. Tal assume particular importância uma vez que estamos a eleger um instrumento voluntário para servir a situação de um mandante potencialmente frágil, para fazer face ao declínio das suas capacidades.

Desta forma, já o defendi¹⁷, o mandato pode cumprir a função representativa do *power of attorney* (se estivermos perante o mandato com representação), mas combate o “carácter abstrato” da procuração, oferecendo uma relação subjacente, reguladora do *quando* e do *como* da atuação do representante¹⁸.

O legislador de 2018 optou pelo mandato, mas optou por um *modelo minimalista* no tratamento desta figura. Consagrou-lhe apenas o artigo 156.º do Código Civil, que encapsula uma série de matérias: trata da previsão da figura do mandato “com vista a acompanhamento”; aceita a sua configuração alternativa como mandato com representação e sem representação; remete para o regime geral do mandato; mas admite que recorte “direitos envolvidos e o âmbito da eventual representação, bem como quaisquer outros elementos ou condições de exercício”; aborda a articulação com o acompanhamento (“e tem-no em conta na definição

¹⁶ Paula Távora VÍTOR, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, Coimbra: Coimbra Editora, 237.

¹⁷ Defendi na minha dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas, que concluí com a elaboração de uma proposta de regulamentação de instrumentos alternativos à tutela e à curatela, que fosse introduzido o mandato como mecanismo de proteção dos adultos com capacidade diminuída. Este trabalho veio a ser publicado em Paula Távora VÍTOR, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, e esta proposta pode ser consultada nas páginas 324-326.

¹⁸ Paula Távora VÍTOR, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, 237-238.

do âmbito da proteção e na designação do acompanhante”), e; prevê a extinção por revogação ou por decisão judicial.

A *contenção* assumida não nos impede — *antes convoca* — que se decomponham as suas opções e que tentemos encontrar no seio da norma e do sistema as *várias dimensões do seu regime*. É essa primeira abordagem que me proponho fazer nesta sede.

4. Aspetos do regime do MVA

I. *Sujeitos*

a) *Mandante*

Em primeiro lugar, importa definir *quem é* a figura do *mandante* em dois momentos: (i) quem é quando celebra o negócio jurídico; (ii) quem é quando visa beneficiar deste. Em ambos os casos, este *ser* está relacionado com a sua aptidão para se determinar, com a sua capacidade de facto (ainda que não tenha — e em princípio não deverá ter — expressão em qualquer incapacitação jurídica).

O MVA insere-se no âmbito dos instrumentos *voluntários* de proteção e, como tal, no momento fundador, importa averiguar se a vontade expressa pelo mandante é regular, nomeadamente se este tem *capacidade* para a formar e exprimir. Ao contrário dos outros instrumentos voluntários de proteção do ordenamento jurídico português (as diretivas antecipadas de vontade, na forma de testamento vital, e o procurador de cuidados de saúde), que se ocupam diretamente desta questão¹⁹, o regime do MVA não se detém sobre a capacidade exigida, a não ser numa medida limitada. Aquele que celebra este contrato é identificado como uma pessoa “maior” (artigo 156.º, n.º 1, do Código Civil). Tal implicaria, desde logo, excluir os menores de idade, mas deixa espaço para

¹⁹ Cf. artigos 4.º e 11.º Lei n.º 25/2012, de 16 de julho.

equacionar o *status* da pessoa maior. Face ao atual desenho do regime, deixamos de poder remeter para categorias de “adultos incapacitado”, ou seja, para aqueles cuja falta de “capacidade para o exercício de direitos” judicialmente decretada os excluisse necessariamente do “tráfico jurídico”. De facto, ainda que tenha havido a prévia instauração do acompanhamento²⁰, uma vez que esta nova medida não comporta definições rígidas de círculos de incapacidade — tendencialmente nunca a aplicando²¹ —, existe a possibilidade de o *maior acompanhado* manter a possibilidade de tomar disposições para situações futuras de agravamento da sua condição, em que admita, por exemplo, vir beneficiar de um mandatário “com vista ao acompanhamento”, nomeadamente de um representante voluntário. É certo que, do ponto de vista literal, o n.º 1 do artigo 156.º do Código Civil parece querer referir-se à celebração *no passado* deste contrato, tendo em vista o acompanhamento que virá a ser necessário *no futuro*, uma vez que se refere a prevenir “uma eventual necessidade de acompanhamento”²². Creio, todavia, que negar a possibilidade do exercício da *autonomia prospetiva* por se encontrar já instaurada

²⁰ V. Cristina de AMUNATÉGUI RODRIGUEZ, *Incapacitación y Mandato*, Madrid: La Ley, 2008, 238, que refere a possibilidade de pessoa sujeita a curatela recorrer ao mandato se este recair sobre a esfera de capacidade em que poderia atuar por si.

²¹ Em conformidade, aliás, com a Convenção das Nações Unidas dos Direitos das Pessoas com Deficiência — cf. artigo 12.º da CDPD, e Theresia DEGENER / Andrew BEGG, “From Invisible Citizens to Agents of Change: A Short History of the Struggle”, in Valentina DELLA FINA / Rachele CERA / Giuseppe PALMISANO, ed., *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Springer, 2017, 23.

²² Ver as situações relativas ao *mandat de protection future* e a possibilidade de recurso a este por parte do maior sob curatela (artigo 477.º, al. 2 do *Code Civil*) ou sob *sauvegarde de justice* (artigo 435.º, al. 2 do *Code Civil*). Valerie DEPADT, « Quelques réflexions sur le mandat de protection future », in *Études en l'honneur du professeur Jérôme Huet*, L.G.D.J., 2017, 117; e Phillipe POTENTIER, “Le mandat de protection future”, 23.

uma medida de acompanhamento quando tal exercício é possível, quer do ponto de vista do recorte jurídico daquela medida, quer do ponto de vista fáctico, seria uma restrição inaceitável, apoiada num argumento de natureza meramente formal e contrária ao espírito que nos devemos esforçar por imprimir coerentemente ao sistema. A referência a “uma eventual necessidade de acompanhamento” tem o sentido útil de remeter para a situação de facto que justifica o instrumento do MVA e que este serve.

Para além disso, independentemente da medida de acompanhamento — e portanto, para além de uma verificação formal do *status* —, haverá que averiguar se, *em concreto*, a “capacidade de querer e entender”²³, ou seja, as *aptidões cognitivas e volitivas implicadas nesta decisão*, se encontram presentes. Assim o exige o respeito pela autodeterminação de cada sujeito. Este é, aliás, um entendimento que assume particular relevância quando lidamos com doenças neurodegenerativas.

A forma como se averigua esta capacidade em concreto não é abordada pela lei; não é, por exemplo, referida uma instância de controlo no regime do maior acompanhado, todavia, o cumprimento de exigências de forma que amiúde se impõe aos negócios jurídicos, permitirá voltar a abordar este problema.

Num segundo momento, há que perceber em que situação se deve encontrar o mandante que pode já começar a beneficiar do funcionamento do MVA, tendo em conta que a figura do beneficiário das medidas de acompanhamento²⁴ é

²³ Ver, a propósito do conceito técnico civilístico tradicionalmente consolidado, C. A. da Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 221; Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 4.^a reimpr. da ed. de 1992, Coimbra, Almedina, 2007, 309 s.; e A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, Parte Geral, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 2016, 368.

²⁴ O artigo 138.º do Código Civil refere-se no plural às “medidas de acompanhamento previstas neste Código”. Estas incluirão, sem dúvida, a medida institucional do acompanhamento, mas também as medidas pro-

caracterizada como “[o] maior impossibilitado, por razões de saúde ou pelo seu comportamento, de exercer plena, pessoal e conscientemente os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres” (artigo 138.º do Código Civil).

Em primeiro lugar, importa referir que não é necessário que se decrete uma medida de acompanhamento *stricto sensu* e que, portanto, se nomeie um acompanhante, embora este possa coexistir com o mandatário. Em segundo lugar, não decorre da lei que deva existir o decretamento de um âmbito de *incapacidade* pelo tribunal. Deste modo, o mandante pode conservar plenamente a sua capacidade de agir no mundo jurídico, o que está em conformidade com a orientação internacional na área²⁵. Por último, deve concluir-se que apenas se exige uma *situação de facto* que convoque a atuação deste particular mandatário. Esta não se pode reconduzir, todavia, a um conceito clínico. Implica uma ponderação jurídica que terá na sua base a consideração do quadro global da pessoa do beneficiário e que, portanto, vai buscar a sua referência ao “conceito social” crismado pela Convenção de 2006 das Nações Unidas dos Direitos das Pessoas com Deficiência²⁶.

visórias (v. artigo 139.º, n.º 2). Para além disso, penso que também aqui parece ser visado o MVA, ainda que, do ponto de vista técnico, de acordo com a fixação terminológica levada a cabo pela Recomendação do Conselho da Europa R(99)4 não se possa reconduzir à categoria de “medidas de proteção” (CONSEIL DE L’EUROPE (Conselho da Europa), *Principes concernant la protection juridique des majeurs incapables*, 25).

²⁵ Ver nota 21. Cf. também a opção austríaca da nova Sec. 242 (2) ABGB.

²⁶ Cf. o considerando (e) da Convenção das Nações Unidas dos Direitos das Pessoas com Deficiência e Rachele CERA, “Preamble”, in Valentina DELLA FINA / Rachele CERA / Giuseppe PALMISANO, ed., *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Springer, 2017, 84. Sobre a evolução dos modelos de entendimento da deficiência, ver ainda J. Correia GOMES, “Constitucionalismo, deficiência mental e incapacidade: um apelo aos direitos”, *Revista Julgar* 29 (2016)

Apesar da ausência de menção legal expressa neste sentido, é para o momento em que se verifique esta situação que me parece dever ser diferida a *produção dos efeitos* do MVA. Esta situação de facto, todavia, não tem de se caracterizar por um carácter totalizante. O MVA é, aliás, especialmente talhado para fazer face a situações em que a diminuição de capacidade tem um carácter meramente parcial²⁷.

b) *Mandatário*

Também do lado do mandatário, se optou por não se proceder a uma definição, nem das exigências do ponto de vista da sua *capacidade* — que terá de se reconduzir, pelo menos, à capacidade necessária para praticar os atos objeto do MVA, nem quanto ao âmbito da determinação das *categorias de pessoas* que possam exercer o cargo de mandatário. Na verdade, não assistimos à preocupação que norteou, na Lei n.º 25/2012, o afastamento de certos grupos do exercício das funções de procurador de cuidados de saúde, um regime que veda o cargo àqueles que tenham tido *intervenção no ato*, prevenindo eventual *suspeição* motivada pelo seu fácil acesso, bem como aos *proprietários e os gestores de entidades que administram ou prestam cuidados de saúde*²⁸, pelo *perigo de abuso* potenciado

em particular p. 123 s.

²⁷ Parece, portanto, ser de interpretar *cum grano salis* a referência do Estudo Legislativo ao exemplo do recurso ao MVA em caso de “doenças invalidantes progressivas” que conduzam à “total dependência”. Cf. A. Menezes CORDEIRO / A. Pinto MONTEIRO, *Da situação jurídica do maior acompanhado, Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das incapacidades denominadas dos maiores*, 129, in <http://www.smmp.pt/wp-content/uploads/Estudo_Menezes-CordeiroPinto-MonteiroMTS.pdf>.

²⁸ Nas alterações operadas pela Lei n.º 49/2018, aliás, dá-se uma posição de especial favor ao exercício de funções de acompanhamento no contexto institucional, ao prever-se que o acompanhamento possa ser de-

pelas relações de sujeição nestes contextos, mas também com um fim de prevenção de suspeição²⁹.³⁰ Aliás, os instrumentos internacionais³¹ chamam a atenção para a existência de *conflitos de interesses* entre as pessoas internadas e as instituições que as acolhem.

II. *Conteúdo*

A figura do MVA é prevista “para a gestão dos [...] interesses” do mandante. Adota a lei, assim, uma formulação genérica que permite que seja exercido quer quanto a *matérias do foro pessoal*, quer quanto às matérias do campo tradicional do mandato, o *patrimonial*, tão destacado na própria conceptualização do mandato enquanto sustentáculo jurídico para uma atividade “por conta” de outrem.

Ora, ao abarcar também matérias de cariz pessoal (e aqui teremos de ter em conta que o carácter estritamente pessoal de algumas destas exclui a representação), não podemos deixar de destacar as decisões na área da saúde e lembrar dois pontos essenciais: (i) que existem *instrumentos voluntários nesta área* que podem ser concorrentes ou conflitantes, e; (ii) que, ainda que não existam, haverá que equacionar se o mandatário em vista

ferido à “pessoa indicada pela instituição em que o acompanhado esteja integrado” (artigo 143.º, n.º 2, al. g) do Código Civil).

²⁹ Paula Távora VÍTOR, “O apelo de Ulisses”, 238.

³⁰ A. Menezes Cordeiro, que afirma aderir em abstrato à figura do mandato para estes fins, manifesta reticências quanto ao seu possível aproveitamento pelo mandatário, mas centra-se antes na “influência de parentes não-desinteressados”. A. Menezes CORDEIRO, “Da situação jurídica do maior acompanhado, Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das incapacidades denominadas dos maiores”, *Revista de Direito Civil* 3/3 (2018) 550.

³¹ CONSEIL DE L'EUROPE (Conselho da Europa), *Principes concernant la protection juridique des majeurs incapables*, 27.

do acompanhamento deverá estar sujeito aos mesmos *limites* impostos à figura do acompanhante no âmbito das decisões de saúde. Na verdade, há específicas decisões em matéria médica em que o legislador entendeu limitar o poder decisório deste, adaptando as normas que diziam respeito à figura do tutor³².

Devemos entender que as *razões de proteção* que presidem a estes casos valem tanto para o mandato como para a medida institucional de proteção do acompanhamento. Deve fazer-se, todavia, uma *ressalva*, e neste ponto não posso deixar de seguir de perto o que já escrevi a propósito da figura do procurador de cuidados de saúde, para o caso de o afastamento daquelas exigências estar previsto pelo próprio mandante no instrumento voluntário. Nesse caso, prevalece a expressão da sua autonomia, que entendeu conceder esse poder mais amplo ao mandatário. Assim, parece ser de admitir, por exemplo, que o mandante, ciente da existência de uma doença familiar, preveja a possibilidade de doar futuramente um órgão a membro da sua família e que queira garantir isto na eventualidade da sua diminuição futura de capacidade ou que queira conceder poderes ao mandante para decidir acerca da sua participação em ensaio clínico ainda que os riscos superem os eventuais

³² Vejam-se, por exemplo, as exigências Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, relativa à colheita e transplante de órgãos, tecidos e células de origem humana, que proíbe sempre a dádiva e a colheita de órgãos ou de tecidos não regeneráveis quando estejam em causa incapazes (artigo 6.º, n.º 4). Esta relação já tinha sido equacionada relativamente a outro decisor, o procurador de cuidados de saúde em Paula Távora Vítor, “O apelo de Ulisses”, 242. Ou atente-se, também, no artigo 8.º, n.º 2, al. *a*) da Lei da Investigação Clínica (Lei n.º 21/2014, de 16 de abril), que na sua nova redação determina que, a “realização de estudos clínicos com maiores que, antes do início da sua incapacidade, não tenham dado nem recusado o consentimento informado só é possível quando (...) [tenha sido] obtido o consentimento informado do acompanhante com poderes de representação especial (...) o qual deve refletir a vontade presumível do participante.

benefícios para a sua pessoa³³.

Ao contrário das opções tomadas noutros ordenamentos jurídicos³⁴, *não* existe *limitação ab initio*, por determinação legal, dos poderes que podem ser concedidos ou das matérias que podem ser abrangidas no âmbito do MVA, mas também *não* se procede à *densificação* do regime através de regras que vinculem o mandatário a *especiais* deveres de contacto pessoal e de prestação de informação³⁵.

O novo artigo 156.º do Código Civil abre-se também ao exercício da autonomia do mandante, admitindo que o mandato “especifica os direitos envolvidos e o âmbito da eventual representação, bem como quaisquer outros elementos ou condições de exercício”. Poderá, assim, o mandante indicar os poderes atribuídos ao mandatário, fixar as regras que devem presidir à sua atuação, inclusivamente especificar os seus desejos que devem ser prosseguidos.

Por fim, a norma que consagra o MVA toma a opção pouco comum no âmbito dos regimes das figuras homólogas de admitir, ao lado do mandato com representação, também o *mandato sem representação*. De facto, tem-se considerado que a especificidade deste tipo de instrumentos se prende

³³ Paula Távora VÍTOR, “O apelo de Ulisses”, 242.

³⁴ No *mandat de protection future*, por exemplo, distingue-se entre mandato lavrado notarialmente (artigo 489.º do *Code Civil*) e mandato redigido em documento particular (artigo 492.º do *Code Civil*) e, no caso deste último, limitam-se os poderes do mandatário aos poderes do tutor sem autorização do tribunal.

³⁵ Pensemos, a título de exemplo, no elenco de deveres proposto na disposição respeitante às obrigações do mandatário (artigo 1184.º-E) no trabalho conjunto com Geraldo Rocha Ribeiro – Paula Távora VÍTOR / Geraldo Rocha RIBEIRO *Proposta de Lei sobre a Condição Jurídica das Pessoas Maiores em Situação de Incapacidade. Revisão do Código Civil*, Centro de Direito da Família, 17 de janeiro de 2017, in <<http://www.centrodedireitodafamilia.org/relatórios/2017/proposta-de-lei-sobre-condição-ju-r%C3%ADdica-das-pessoas-maiores-em-situação-de>>.

com a atribuição de poderes de representação voluntária em situações de incapacidade do mandante³⁶. Foi à sombra destas considerações que foram introduzidos os *enduring powers of attorney* do espaço do *common law* e nas figuras homólogas dos ordenamentos de *civil law*, têm sido a procuração e o mandato com representação os mecanismos eleitos³⁷.

III. *Meios de controlo*

O ordenamento jurídico português não se tem demonstrado recetivo à previsão instâncias de controlo que permitam supervisionar quem age ao abrigo de um instrumento voluntário de salvaguarda das pessoas maiores. Não o fez no âmbito da procuração para cuidados de saúde e reiterou a sua opção no MVA³⁸. Não é esta, todavia, a tendência internacional com o selo das recomendações do Conselho da Europa³⁹, nem das soluções de outros ordenamentos jurídicos⁴⁰, que tanto num

³⁶ V. Cristina de AMUNATÉGUI RODRIGUEZ, *Incapacitación y Mandato*, 220.

³⁷ V. artigo 477.º do *Code Civil* francês, artigo 2130.º e 2166.º do Código Civil do Québec e para. 1901 a BGB.

³⁸ Segundo o *Estudo de Política Legislativa* de A. Menezes Cordeiro e A. Pinto Monteiro, “sujeitar estes mandatos a “fiscalização” prévia sem fazer o mesmo quanto a mandatos “comuns” não seria operativo” e reitera que “não há controlo quanto ao seu exercício”. Cf. A. Menezes CORDEIRO / A. Pinto MONTEIRO, “Da situação jurídica do maior acompanhado”, 129.

³⁹ CONSEIL DE L'EUROPE (Conselho da Europa), *Principes concernant la protection juridique des majeurs incapables*, no seu Princípio 16 e Princípio 12 da Recommendation CM/Rec(2009)11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity (*Adopted by the Committee of Ministers on 9 December 2009 at the 1073rd meeting of the Ministers' Deputies*).

⁴⁰ Cf. a este propósito, o artigo 2169.º do Código Civil do Québec, que prevê a prestação de contas ao menos uma vez ao ano e quando o mandato termina ao tutor ou ao curador, ou a possibilidade de nomeação do *Kontrollbetreuer* no âmbito da *Vorsorgevollmacht* (§1896 (3) BGB).

momento inicial, como supervenientemente, prevêm estes expedientes. Tal função poderia ter sido assumida entre nós pelo Ministério Público, cujas competências em matéria civil têm sido progressivamente afinadas⁴¹.

Teremos, todavia, que encontrar um expediente que permita, quando se justifique, controlar se o procurador norteia a sua ação pelos *desejos* expressos no documento ou identificáveis ou pelos *melhores interesses* do outorgante, na ausência dos primeiros. Parece-me que aqui a via adequada será recorrer ao controlo judicial⁴², requerendo as “providências destinadas a evitar a consumação de qualquer ameaça à personalidade física ou moral ou a atenuar os efeitos de ofensa já cometida”, no âmbito de um processo especial de tutela da personalidade, nos termos do artigo 1474.º do Código de Processo Civil.

Para além desta possibilidade, dada a plasticidade que o próprio desenho da medida de acompanhamento pode assumir, o artigo 143.º, n.º 3, do Código Civil, sustenta a possibilidade de se designar um acompanhante com poderes de controlo relativamente a este mandato, à semelhança da figura do *Kontrollbetreuer* da lei alemã⁴³.

⁴¹ Já o tinha proposto em Paula Távora VÍTOR, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, 325; e foi novamente assumido em IDEM / Geraldo Rocha RIBEIRO, *Proposta de Lei sobre a Condição Jurídica das Pessoas Maiores em Situação de Incapacidade*. Para uma análise genérica mais recente das competências do Ministério Público em matéria cível, nomeadamente no quando traçado pelo Decreto-lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, ver Ana MASSENA / Margarida PAZ, “A competência decisória e a intervenção do Ministério Público no âmbito do Decreto-lei n.º 272/2001, de 13 de outubro”, *Revista do CEJ* 1 (1.º semestre de 2015).

⁴² V. Valerie DEPADT, “Quelques réflexions sur le mandat de protection future”, 124 s., que considera a intervenção judicial no controlo do *mandat de protection future* do direito francês como “iné dita”, tanto do ponto de vista do direito dos contratos, por assumir maior importância, como do ponto de vista do direito da proteção das pessoas, por ficar aquém da tradicionalmente assumida pelo *juge des tutelles*.

⁴³ Dietmar KURZE, *Vorsorgerecht, Vollmacht, Patientenverfügung, leibzei-*

IV. *Coordenação com outros instrumentos*

O sistema de salvaguarda das pessoas com capacidade diminuída que agora recebeu um novo recorte, integra *vários instrumentos* — entre medidas e mecanismos de apoio e proteção. Desde logo, a medida de apoio do *acompanhamento*, enquanto a nova medida institucional consagrada, mas também os outros *instrumentos voluntários* de proteção (nomeadamente as diretivas antecipadas de vontade e o procurador de cuidados de saúde) que têm aparecido amiúde neste discurso, surgem tanto como referências para compreender o novo regime, como enquanto peças que se devem integrar no sistema.

O legislador de 2018 reconhece no regime do mandato, uma *bipolaridade potencial do sistema* ao consagrar que “[n]o momento em que é decretado o acompanhamento, o tribunal aproveita o mandato, no todo ou em parte, e tem-no em conta na definição do âmbito da proteção e na designação do acompanhante” (artigo 156.º, n.º 3, do Código Civil).

Desde logo, ao tê-lo em conta, o tribunal pode considerar que: (i) o MVA se revela *suficiente* para responder à situação do beneficiário, *não se justificando*, desde logo, ao abrigo do princípio da subsidiariedade, *qualquer recurso ao acompanhamento*; se assim não for, (ii) a formulação da lei ainda comporta que se admitam *patamares de intervenção concorrentes, conjuntos ou complementares* da medida de acompanhamento face ao mecanismo do mandato. Só assim, aliás, se consegue o pleno aproveitamento de instrumentos desta índole. Este depende também, em boa medida, de o sistema em que se inserem permitir, em coerência com as exigências de

flexibilidade do paradigma e com o princípio da subsidiariedade, que este tipo de figura opere de forma *não só alternativa*⁴⁴.

O que acontecerá, todavia, no caso de *conflito entre mandatário e acompanhante*?

O novo regime não se pronuncia, mas a solução deverá ser dar prevalência à atuação do mandatário, operando aqui também o *princípio da subsidiariedade*, que dá prioridade a um instrumento produto da autonomia sobre uma medida institucional, heteronomamente determinada. Na verdade, a coexistência entre esferas de atuação de mandatário e acompanhante terá sido já objeto de escrutínio no momento em que se decreta o acompanhamento. Se estivermos perante a concessão de poderes mais genéricos ao acompanhante, ainda temos o argumento de que deverá prevalecer a *competência especial do mandatário*. Em todos os casos, todavia, esta é a única forma de garantir o respeito pela vontade da pessoa incapacitada, que, de outra forma, perderia a sua relevância.

Todavia, como vimos, existem *outros instrumentos voluntários* a ter em conta e também se deveria admitir a sua coexistência, na medida em que não se observasse uma sobreposição de objeto ou de poderes. Para casos de conflito, poder-se-ia dizer que uma hierarquia teria já sido estabelecida entre as diretivas antecipadas e instrumentos de representação voluntária. E, na verdade, tal aconteceu na Lei n.º 25/2012, quando se trata de fazer prevalecer o “discurso direto” do outorgante no testamento vital, sobre as decisões de um “terceiro” (em sentido impróprio), o representante. Será possível transpor esta valoração para o caso do mandatário em vista do acompanhamento (que pode, aliás, nem ser um representante)? Deverá aqui equacionar-se o funcionamento do argumento da identidade de razão, mas tal valeria apenas neste âmbito limitado. E quando se tratasse

⁴⁴ Note-se que o n.º 2 do artigo 1174.º do Código Civil se refere ao mandato genérico.

de confrontar dois decisores exteriores — procurador de cuidados de saúde e mandatário em vista do acompanhamento — mas cuja designação é igualmente produto do exercício da autodeterminação do seu beneficiário? Partindo da interpretação da vontade do mandante, na ausência de critérios expressos e sem considerações de ordem principialista a tecer, terá de prevalecer uma análise do âmbito material da atuação de cada um e, revelando-se coincidente, a preferência dada à última expressão desta vontade, ao *instrumento mais recente*.

V. *Forma*

O facto de nos encontrarmos potencialmente perante um mandante vulnerável tem levado a que alguns instrumentos homólogos do MVA se sujeitem a especiais exigências de forma⁴⁵.

O que acontecerá com a nossa figura, face à ausência de menção expressa? Estará sujeita ao princípio geral de liberdade de forma (artigo 219.º do Código Civil) ou outras regras serão aplicáveis?

Na verdade, o artigo 156.º do Código Civil remete para o regime geral do mandato e, quanto a este, não se fazem particulares exigências. Ao mandato (se houver representação) pode estar associado o instrumento que outorgue os poderes representativos, a procuração, e, neste caso, o artigo 262.º, n.º 2 do Código Civil determina que “[s]alvo disposição legal em contrário, a procuração revestirá a forma exigida para o negócio que o procurador deva realizar”. Ora, o complexo de atos que podem estar implicados num MVA é dificilmente determinável

⁴⁵ Por exemplo, o *mandat de protection* deve assumir a forma de ato notarial ou de escrito privado realizado perante de testemunhas (artigo 2166.º do Código Civil do Québec). Na Áustria, exige-se a forma escrita e assinatura perante notário, advogado ou associação de proteção de adultos (secs. 262 e 266 ABGB).

— desde atos de natureza patrimonial da mais diversa índole e respeitantes aos mais diversos tipos de bens, até decisões que dizem respeito ao foro pessoal, como a determinação de residência ou o consentimento médico, cuja precipitação formal é alvo de grande incerteza. Sustentei já a propósito da procuração para cuidados de saúde em particular, cuja forma não é inequívoca, que a exigência da lei no sentido da *expressão clara e inequívoca da vontade* aponta para a necessidade de ser *expressa e que*, apesar de não haver uma relação necessária entre a forma escrita⁴⁶ e esta inequívocidade, temos de reconhecer que é um meio mais seguro do que a expressão oral, com todas as dificuldades de prova que lhe estão associadas. A procuração para cuidados de saúde beneficia, todavia, da analogia com o testamento vital, que deve ser assinado presencialmente perante funcionário do RENTEV ou notário⁴⁷.

As razões que estão na base da exigência de um documento escrito para estes dois instrumentos também se poderão encontrar no MVA. Na verdade, não se pede menor ponderação e certeza do que nas diretivas antecipadas e na procuração de cuidados de saúde. A exigência de um momento deste género em que se plasma formalmente o MVA é, aliás, essencial para a determinação da capacidade do mandante, que tem de ser capaz, nos termos analisados, no momento em que manifesta a sua vontade. Ora, tal tem de ser feito perante instâncias adequadas para controlar

⁴⁶ A preferência pela forma escrita no âmbito dos instrumentos voluntários pode encontrar-se também no princípio 5 da *Recommendation CM/Rec(2009)11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity (Adopted by the Committee of Ministers on 9 December 2009 at the 1073rd meeting of the Ministers' Deputies)*.

⁴⁷ Artigo 3.º da Lei n.º 25/2012; e Paula Távora VÍTOR, "O apelo de Ulisses", 247.

tal capacidade e, à cabeça, teríamos o notário^{48, 49, 50} Este poderia desempenhar um importante papel na clarificação das intenções do mandante e no aconselhamento quanto à escolha das soluções mais adequadas para prosseguir tais intentos⁵¹. Dir-se-ia que no regime do mandato, a intervenção do tribunal representa esse crivo. Todavia, o tribunal só aparecerá eventualmente num momento posterior, apto a avaliar a situação de facto que convoca o início da produção dos seus efeitos, se se tratar da instauração conjunta do acompanhamento, mas não o momento pretérito em que se constituiu.⁵²

⁴⁸ Cf. artigo 4.º do Estatuto do Notariado.

⁴⁹ Note-se que o *mandat de protection future* francês tanto admite a forma de documento particular como de ato notarial. No entanto, quanto à primeira, a nova proposta de reforma do regime de proteção jurídica das pessoas maiores pretende imprimir-lhe maior exigência, com a assinatura por advogado e a adoção de um modelo definido pelo *Conseil d'État* — artigo 5.º do projeto de lei — artigo 492.º do *Code Civil* (<https://www.senat.fr/rap/106-212/106-21229.html>). Para uma crítica da menor exigência de forma, v. Valerie DEPADT, “Quelques réflexions sur le mandat de protection future”, 118.

⁵⁰ Sugestão análoga no contexto espanhol, fazia Cristina de AMUNATÉ-GUI RODRIGUEZ, *Incapacitación y Mandato*, 257.

⁵¹ No sentido deste papel do notário no *mandat de protection future* francês, ver Phillipe POTENTIER, “Le mandat de protection future”, 24.

⁵² Questão diferente diz respeito à publicidade que poderia ser dada a estes instrumentos por via registral e que está consagrada tanto para as diretivas antecipadas com a figura do RENTEV (art. 16.º da Lei n.º 25/2012) como para figuras homólogas do MAV. A questão da publicidade ocupa também a figura francesa para a qual está prevista a criação de um registo especial por parte do *Conseil d'État d'État* (cf. artigo 477-1 do *Code Civil*), a solução austríaca que remete para o *Österreichisches Zentrales Vertretungsverzeichnis* (Sec. 263 ABGB) ou o registo escocês do *power of attorney*, que se deve fazer junto do *Office of the Public Guardian* (Sec. 19, *Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000*).

VI. *Produção de efeitos*

O momento a partir do qual o mandante pode começar a beneficiar do funcionamento do MVA será aquele em que se inicia a sua produção de efeitos.

A nova lei não é totalmente clara a este respeito. O MVA será celebrado “prevenindo uma eventual *necessidade de acompanhamento*” (itálico meu), diz-nos o artigo 156.º, n.º 1, do Código Civil. Todavia, tal remete, antes de mais, para uma situação de vulnerabilidade que convoca a intervenção do sistema de salvaguarda de pessoas maiores. Ora, esta salvaguarda poderia ser desde logo acautelada se o MVA comesse a produzir imediatamente os seus efeitos, perdurando após a verificação superveniente do quadro que o tinha convocado. Poderá, todavia, entender-se que só se justifica que este mecanismo produza efeitos quando o mandatário se encontrar na mencionada situação— à semelhança dos *springing durable powers of attorney*⁵³.

A lei parece pressupor uma intervenção judicial quando estatui que “no momento em que é decretado o acompanhamento, o tribunal aproveita o mandato, no todo ou em parte, e tem-no em conta na definição do âmbito da proteção e na designação do acompanhante” (artigo 156.º, n.º 3 do Código Civil) e existe a expressa menção no regime do maior acompanhado de que “o acompanhamento é decidido pelo tribunal” (artigo 139.º do Código Civil). Já percebemos, no entanto, que pode não ser instaurado o acompanhamento, enquanto medida de proteção. Ora, é verdade que o funcionamento de qualquer instrumento que implique uma restrição de capacidade deve assentar na formulação de um *juízo judicial* em função do *caso concreto, uma vez que* não pode ser-lhe negado o seu carácter de decisões

⁵³ Não é o caso do *mandat de protection future* francês. Para o período anterior à situação de capacidade diminuída deverá recorrer-se ao mandato geral. Phillipe POTENTIER, “Le mandat de protection future”, 24.

de natureza jurisdicional e, logo, sujeita à reserva absoluta de jurisdição⁵⁴. No entanto, esta exigência só se justifica na medida em que exista a potencialidade de afetar a capacidade — só aqui estamos perante a restrição de direitos fundamentais. Não seria necessária, portanto, quando, no âmbito do sistema do acompanhamento esta possibilidade de incapacitação não se colocasse, como seria o caso de fazer funcionar instrumentos da índole do mandato. Assim, o MVA pode não se sujeitar a um momento de escrutínio judicial para produção dos seus efeitos⁵⁵. Note-se, aliás, que o próprio artigo do mandato, ao admitir a possibilidade de modelação pelo mandante, de “outros elementos ou condições de exercício” (artigo 156.º, n.º 2) poderá compreender a descrição da situação de facto que espoletará a sua eficácia.

VII. *Extinção*

O MVA conhece o seu fim por diversas vias, que contam com expressa referência na lei.

Desde logo, a lei prevê que se extinga por *livre revogação por parte do mandante*. Esta livre revogabilidade compreende-se facilmente relativamente a um mandante que seja plenamente capaz e ainda relativamente àquele que mantém a capacidade que lhe que lhe permita em concreto tomar esta decisão. Todavia, podemos estar perante uma situação em que uma diminuição da capacidade superveniente já não o permite

⁵⁴ Para esta análise ainda no contexto do regime anterior em Paula Távora Vítor, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, 153 s.

⁵⁵ No mandato do Québec, a eficácia é subordinada à incapacidade superveniente do mandante e à homologação do Tribunal, a pedido do mandatário designado (artigo 2166.º do Código Civil do Québec). No caso francês, combina-se a apresentação de um atestado médico, nos termos regulados pela lei, com o registo no tribunal (artigo 488.º do *Code Civil*).

fazer. Neste caso, devemos adotar uma posição conservadora (à semelhança, aliás, do que o *Bundesverfassungsgericht* fez quanto aos poderes do *Kontrolbetreuer*) quanto à possibilidade de um eventual acompanhante com poderes mais genéricos ter uma atuação relevante neste contexto, substituindo-se ao mandante e revogando ele mesmo o mandato⁵⁶.⁵⁷ Deste modo, este deve ser um caso que deverá antes ser integrado na segunda via de extinção, a *extinção por via judicial*.

Na verdade, o tribunal pode fazer cessar o mandato quando seja “razoável presumir” ser vontade do mandante revogar o mandato. Também este *poder de extinção por via judicial* não pode deixar de ser interpretado de forma muito contida. Na verdade, não podem interferir aqui juízos externos ao critério puramente subjetivado da vontade do mandante. Daí que a “razoabilidade” que tenha de estar na base desta decisão só possa reconduzir-se a casos-limite que afastem de forma evidente uma vontade expressa em favor de uma vontade presumida.

Para além disso, parece que uma *decisão judicial* também poderá vir a *extinguir* o MVA (pelo menos) *parcialmente*. De facto, a formulação positiva de que “o tribunal aproveita o mandato, no todo ou em parte, e tem-no em conta na definição do âmbito da proteção e na designação do acompanhante” (artigo 156.º, n.º 3), pode ser vista, no seu reverso, como a possibilidade de o tribunal *não aproveitar* outra parte do mandato⁵⁸. Aqui, tal possibilidade é facultada sem que se

⁵⁶ Ver a decisão do *Bundesverfassungsgericht* de 10.10.2008 (1 BvR 1415/08), *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* (2008) 2260 ss. relativamente ao *Kontrolbetreuer*.

⁵⁷ Cristina de Amunátegui admite que o mandante tenha previsto mecanismos de controlo, no âmbito dos quais concede a outras pessoas esta faculdade de revogar o mandato. Cristina de AMUNATÉGUI RODRIGUEZ, *Incapacitación y Mandato*, 277.

⁵⁸ Note-se que a al. b) do artigo 1174.º se refere ao regime geral do mandato e não ao MVA.

aponte qualquer critério. No entanto, em consonância com o padrão anteriormente apontado e com o carácter estruturante que o *princípio da autonomia* deve assumir no sistema, não pode senão dar-se um alcance muito restrito a esta possibilidade (e sempre de acordo com o critério subjetivizado da vontade do mandante)^{59 60 61}.

Por fim, importa equacionar a posição do *mandatário*, ao qual nenhuma referência é feita no vontade expressa em favor de uma vontade presumida. A regra do artigo 1170.º do Código Civil (no regime geral do mandato) consagra a possibilidade de revogar livremente o mandato a todas as partes, e só afasta esta possibilidade para o mandante e nos casos em que o mandato foi concedido no interesse do mandatário ou de terceiro. O mandante passa a estar liberto de tais peias pelo art.º 156.º do Código Civil. Pode, portanto, revogar livremente. Quanto

⁵⁹ Ver, neste sentido, a decisão do *Bundesgerichtshof* (BGH) de 30 março 2011 (XII ZB 537/10) (<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=f90ef0309aac8091aaa4c549be24dd53&nr=56238&pos=29&anz=34>).

⁶⁰ O mesmo terá de ser defendido para o instrumento próximo que é a procuração de cuidados de saúde, uma vez que a nova redação do n.º 3 do artigo 14.º da Lei n.º 25/2012, admite que a procuração possa ser revogada por decisão do tribunal que instaure o acompanhamento de maior.

⁶¹ A caducidade do mandato nos termos dos artigos 1174.º, al. b) e 1175.º, referir-se-á ao mandato genérico e não ao MVA, sob pena de inutilizar aquele que deve ser o instrumento mais relevante resultante do novo paradigma. Na verdade, as preocupações (e as soluções) subjacentes a estas normas prendem-se com instrumentos em que a conciliação com o regime do acompanhamento não teve oportunidade de ser levada a cabo e pensada de forma congruente em sede judicial. Ora, quando está em causa o MVA, o tribunal, ao decretar o acompanhamento, tem-no em conta e estabelece os termos do funcionamento destes mecanismos em função do quadro global e da situação concreta do beneficiário. É o artigo 156.º que regula os casos de extinção do MVA, obedecendo à lógica do sistema. Parece entender de forma diversa, quanto ao artigo 1175.º, n.º 2, Mafalda Miranda BARBOSA, em *Maiores Acompanhados, Primeiras Notas depois da aprovação da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto*, Gestlegal, 2018, 59.

à posição do mandatário, ou se preserva a faculdade de livremente revogar o mandato ou extrai-se da leitura do artigo 156.º, *lex specialis* face ao regime geral do contrato, que, sendo só prevista a livre revogabilidade para o mandante, *a contrario* está afastada para o mandatário. Na verdade, uma leitura que tenha em conta a situação de particular vulnerabilidade do mandante só poderá ser adequadamente satisfeita através da possibilidade de *renúncia* por parte do mandatário – isso parece certo –, mas seria necessário sujeitá-la a exigências que permitissem não lançar o mandante num vazio de proteção (desde o recurso a um segundo “mandatário”, no impedimento do primeiro, à informação prestada a um eventual acompanhante ou ao Ministério Público)⁶².

5. Breve nota conclusiva

O MVA constitui o mais emblemático instrumento introduzido pela reforma operada pela Lei n.º 49/2018. É a figura que corporiza de forma mais plena os princípios da autonomia e da subsidiariedade, mas também a ideia de preservação de capacidade e valorização da vontade em todas as suas manifestações que é inerente ao novo paradigma internacional e a que têm obedecido as reformas mais recentes dos ordenamentos jurídicos da nossa esfera. A consagração legislativa desta figura — que é efetivamente diversa do mandato geral, do ponto de vista da lógica que lhe está subjacente e do seu regime, não obstante a remissão operada — fez-se de forma contida. Pede-se, portanto, à doutrina e à jurisprudência um efetivo labor de desenvolvimento, de forma a que se criem as melhores condições para a sua concretização.

⁶² Veja-se, neste sentido, a nossa proposta de arts. 1184.º-E e 1184.º-F, em Paula Távora VÍTOR / Geraldo Rocha RIBEIRO, *Proposta de Lei sobre a Condição Jurídica das Pessoas Maiores em Situação de Incapacidade*, 79-80.

O MVA não é a solução de segunda linha tolerada pelo regime do acompanhamento. É o instrumento primeiro do sistema e as medidas de acompanhamento devem favorecê-lo e conformar-se em função deste. Há, portanto, um caminho cultural a percorrer para que este assuma o seu lugar devido no sistema — do ponto de vista da cultura jurídica, para que o saiba compreender e promover, e do ponto de vista da cultura social, para que superemos a inércia na previsão das intempéries futuras que continua a ser nota da “síntese total da psicologia e da história psicológica da nação portuguesa”⁶³.

⁶³ Fernando PESSOA, “Em mim o espírito de Lutero” (manuscrito), 5.09.1908, in Teresa Rita LOPES, *Pessoa por Conhecer- Textos para um Novo Mapa*, vol. II, Lisboa: Editorial Estampa, 1990, 76-77, em inglês no original. Também em inglês se conta o número significativo de *lasting powers of attorney*, regulados pelo *Mental Capacity Act 2005*, para os quais foi requerido registo no *Office of the Public Guardian* de Inglaterra e Gales e que pode ser consultado em *Ministry of Justice, Family court statistics quarterly: July to September 2018 (2018)* <https://www.gov.uk/government/statistics/family-court-statistics-quarterly-july-to-september-2018>.

ACOMPANHAMENTO E NEGÓCIOS FORA DO “COMÉRCIO JURÍDICO” (CASAMENTO, PERFILHAÇÃO E TESTAMENTO)

ROSA CÂNDIDO MARTINS
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. Introdução

O casamento, a perfilhação e o testamento, como negócios jurídicos eminentemente pessoais que são, não podem deixar de suscitar uma reflexão particular quando se trata de definir a “capacidade” para os praticar.

Justifica-se, por conseguinte, neste momento — o da Reforma da Parte Geral do Código Civil quanto às (in) capacidades dos sujeitos maiores de idade — recordar o que anteriormente se disse a propósito da capacidade jurídica e da capacidade de exercício para a prática de actos pessoalíssimos ¹.

¹ Cf. Rosa Cândido MARTINS, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado*

A recente Reforma da Parte Geral do Código Civil quanto às (in)capacidades traduz uma profunda alteração de paradigma no que diz respeito ao Direito das Pessoas. Na verdade, a Reforma opera a inversão do princípio tradicional da incapacidade geral dos “incapazes” maiores e acolhe as principais consequências de tal inversão. Tais consequências situam-se não só ao nível da própria capacidade jurídica destes sujeitos, mas ainda mais relevante, ao nível da sua personalidade jurídica. Quer isto dizer, da sua consideração como pessoas, dotadas de uma indeclinável dignidade, como sujeitos de direitos, como titulares de direitos fundamentais a serem respeitados, pese embora a sua situação de maior inabilidade ou inaptidão para prosseguir os seus interesses e, portanto, a sua maior vulnerabilidade.

O novo Regime do Maior Acompanhado, ao optar por uma mudança de paradigma, procurou dar resposta à necessidade de adequar o regime jurídico das pessoas maiores com capacidade diminuída ² ao actual estado civilizacional. Tal necessidade já vinha sendo sugerida por parte de alguma doutrina ³, atenta às alterações legislativas nesta matéria em países do nosso horizonte cultural e jurídico ⁴, e tornou-se urgente em face da recomendação

parental. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Esta publicação consiste na dissertação de mestrado elaborada após o estudo da a (in)capacidade por menoridade, das suas formas de suprimento e do enquadramento jurídico a conceder às hoje chamadas responsabilidades parentais.

² Seguimos aqui a autora que, pela primeira vez, em língua portuguesa, utilizou a expressão “adultos com capacidade diminuída” com o objectivo de acentuar a esfera de capacidade existente e não a esfera de incapacidade. Cf. P. Távora VÍTOR, *A administração do património*, 13, em especial, nota 7.

³ Cf. R. G. ALVES, “Alguns aspectos”, 132-135; P. Távora VÍTOR, *A administração do património*, em especial, 165 e s.; G. Rocha RIBEIRO, *A protecção do incapaz*, em especial, 383 e s.; J. Duarte PINHEIRO, “As pessoas com deficiências”, 476-480; e A. Pinto MONTEIRO, “O Código Civil Português”, 150-154.

⁴ Cf. G. Rocha RIBEIRO, *A protecção do incapaz*, 291 e s.; A. Pinto MONTEIRO, “Das incapacidades”, 75; e A. Menezes CORDEIRO, *Da situação jurídica*, 72-77.

de reforma do regime jurídico português das incapacidades pelo Comité dos Direitos das Pessoas com Deficiência, no seu relatório de 20 de Maio de 2016. Tal relatório avançou com a proposta de revogação dos institutos da interdição e da inabilitação e com a proposta de criação de um regime mais inclusivo das pessoas com deficiência que respeitasse e assegurasse os direitos fundamentais de que são titulares ⁵.

O regime jurídico relativo a esta matéria plasmado no Código Civil de 1966, porém, permaneceu intocado nestas cinco décadas que passaram. Durante este período de tempo, o mundo social, cultural, científico, económico e jurídico mudou.

Mudou, sobretudo, a consciência e a visibilidade da vulnerabilidade, enquanto qualidade “universal”, “constante” e “inevitável”⁶ da vida do ser humano e “inerente à condição humana”⁷. A vulnerabilidade é, hoje, tida como um “fenómeno transversal e universal que pode afectar qualquer pessoa de maneira episódica ou permanente”⁸. A tal maior consciência e visibilidade da vulnerabilidade não foi estranho o fenómeno do envelhecimento da população e os efeitos da pirâmide demográfica invertida, característica das sociedades dos dias de hoje. Esta realidade sociológica bem como os avanços da ciência médica, nas áreas da saúde mental e da deficiência, determinaram uma nova representação social dos adultos com capacidade diminuída ⁹.

⁵ Cf. P. Távora VÍTOR / G. Rocha RIBEIRO, *Proposta de Lei*, Centro de Direito da Família, 3; e A. Menezes CORDEIRO, *Da situação jurídica*, 85.

⁶ Cf. M. A. FINEMAN, *The autonomy*, 35.

⁷ Cf. M. A. FINEMAN, “Cracking”, 18; e IDEM, “The vulnerable”, 1 e 8.

⁸ Cf. L. NETO, “Vulnerabilidade e capacidade de gozo”, 95.

⁹ Num sentido semelhante, *vide* G. Rocha RIBEIRO, *A protecção do incapaz*, 10 e 12. Mais recentemente, fornecendo dados estatísticos quanto ao fenómeno do envelhecimento da população e sublinhando a importância para a mudança de percepção social das pessoas maiores com capacida-

A evolução que sofreram a concepção de pessoa humana e a sua dignidade não deixou de marcar a necessidade de construção de uma condição jurídica diferente das pessoas maiores com capacidade diminuída que espelhasse, com verdade, o seu estatuto de pessoa jurídica.

Ganhou densidade a ideia de que a dignidade da pessoa humana é uma “nota intrínseca” do ser humano que pressupõe o seu “reconhecimento originário e não derivado” e que simboliza o “reconhecimento do seu valor absoluto”, fundando-se na “autonomia ética” da pessoa¹⁰. Deste modo, a eleição da dignidade da pessoa humana — enquanto referente fundante do Estado de direito democrático social — sustenta a afirmação de que o reconhecimento de personalidade jurídica a todo o ser humano¹¹ é um postulado axiológico do actual estado civilizacional e da “própria ideia de Direito”¹².

O Direito, ele mesmo, foi objecto de mutações impressivas a este respeito. Assim, a entrada em vigor da Constituição da República Portuguesa em 1976 traduziu-se na instituição de uma nova ordem constitucional que rompeu, em muitos aspectos, com a ordem constitucional anterior. Tal ruptura ditou transformações significativas, por exemplo, no Direito da família e no Direito das sucessões, de modo a adequar

de diminuída e da evolução da ciência médica a respeito do entendimento da saúde mental e da deficiência, acompanhada da evolução da resposta farmacológica a estes estados da pessoa, *vide* P. Távora VÍTOR, “Os novos regimes”, 127.

¹⁰ Cf. J. C. Gonçalves LOUREIRO, “O direito”, 279-280.

¹¹ Num sentido semelhante, configurando o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos princípios estruturantes de um regime jurídico que vise dar adequada resposta à protecção e à promoção da autonomia das pessoas maiores com capacidade diminuída, *vide* G. Rocha RIBEIRO, *A protecção do incapaz*, 14-26.

¹² Neste sentido, *vide* A. Castanheira NEVES, *A revolução*, 207-208; e *idem*, “Justiça e Direito”, 259-260.

a disciplina das relações jurídicas de família e as relações jurídicas sucessórias aos novos valores e princípios da nova Constituição, que veio a culminar na Reforma de 1977. O mesmo não aconteceu, no entanto, com o regime jurídico das (in)capacidades das pessoas maiores. Crê-se que foi necessário um maior amadurecimento e desenvolvimento dos novos valores e princípios que informam a nossa Lei fundamental para que tal viesse a acontecer.

Assim, para a Reforma em que o Regime do Maior Acompanhado se traduz foi crucial, por um lado, o reconhecimento da “base antropológica” da qual a Constituição parte, ao fundar a República Portuguesa na dignidade da pessoa humana (artigo 1.º CRP), e, por outro lado, a atenção prestada ao compromisso do Estado de direito democrático quanto ao “respeito e garantia de efectivação dos direitos fundamentais” (artigo 2.º CRP) ¹³.

O reconhecimento de tal “base antropológica” potenciou soluções jurídicas novas para os problemas colocados pela situação das pessoas maiores com capacidade diminuída, que assentam na percepção daquelas pessoas como titulares de direitos fundamentais ¹⁴, em especial, titulares de um direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1, CRP). O reconhecimento deste direito a todas as pessoas — corolário do princípio da dignidade da pessoa humana — contribuiu de modo decisivo, como se verá de seguida, para a configuração

¹³ Quanto à base antropológica “constitucionalmente estruturante do Estado de direito” e à sua densificação no “respeito e garantia de efectivação dos direitos fundamentais”, vide J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 248. Num sentido semelhante, L. NETO, “Vulnerabilidade e capacidade de gozo”, 91.

¹⁴ Com efeito, tais direitos mais não são do que uma concretização do princípio personocêntrico, na base do acolhimento constitucional da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, vide J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição*, 198.

de uma nova condição jurídica das pessoas maiores com capacidade diminuída, mais consentânea com a ideia de respeito pela autodeterminação da pessoa na definição do seu projecto de vida e pela sua concreta realização ¹⁵.

A consagração constitucional do direito ao desenvolvimento da personalidade teve como objectivo primeiro a tutela da individualidade de cada pessoa. Tal tutela abrange um direito à diferença, radicado na liberdade e na autonomia da pessoa ¹⁶. A individualidade de cada um reflecte-se, desde logo, na sua personalidade e no modo como, com liberdade e autonomia, cada um a desenvolve. O direito ao desenvolvimento da personalidade visa, portanto, proteger a personalidade do seu titular enquanto substrato da sua individualidade ¹⁷.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade comporta, portanto, não só uma dimensão estática do “ser pessoa”, mas também uma “dimensão dinâmica que aponta para a ‘pessoa em devir’” ¹⁸. A pessoa humana é, assim, protegida na liberdade de conformação da sua personalidade, enquanto expressão primeira da sua liberdade de autodeterminação. O direito ao desenvolvimento da personalidade integra uma dimensão de “protecção de liberdade de acção” ¹⁹ e surge como um direito a um reduto legítimo de liberdade e de realização pessoal sem intervenção do Estado ou de terceiros ²⁰. Deste modo, o Estado

¹⁵ Sobre a princípio da autodeterminação como um dos princípios basilares de um sistema de protecção dos incapazes adultos, *vide* G. ROCHA RIBEIRO, *A protecção do incapaz*, 39-49.

¹⁶ Cf. P. Mota PINTO, “O Direito”, 157-158; e J. de Sousa RIBEIRO, “Os direitos de personalidade”, 253.

¹⁷ Cf. P. Mota PINTO, “O Direito”, 163.

¹⁸ Cf. J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição*, 464.

¹⁹ Cf. U. DI FABIO, “GG Art. 2 Abs. 1”, Rn. 12-13.

²⁰ Cf. J. MIRANDA / R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa*, 449-449. Num sentido semelhante, *vide* L. NETO, “Vulnerabilidade e capacidade de gozo”, 93.

não pode impor um determinado modelo de personalidade “em nome de uma boa cidadania, de uma certa concepção de progresso ideológico, ou de qualquer outro *standard*”²¹. Ora, a dimensão de “protecção de liberdade de acção” da pessoa implica que a sua liberdade de decisão e de acção não sejam coarctadas injustificadamente e que o seu direito à autodeterminação seja respeitado²². Quer isto dizer, que qualquer restrição ao direito ao desenvolvimento da personalidade deve observar o princípio da proporcionalidade em sentido amplo nas suas dimensões de necessidade, adequação e proporcionalidade²³. Estas implicações do reconhecimento do direito ao desenvolvimento da personalidade não deixaram de ser tomadas em linha de conta como traves mestras da recente Reforma do regime jurídico das incapacidades. Com efeito, a Reforma colocou no centro do regime a figura do beneficiário e procurou dotar o regime jurídico das pessoas maiores com capacidade diminuída da flexibilidade necessária à adaptação à situação concreta²⁴.

Ao sentido individual do direito ao desenvolvimento da personalidade acresce igualmente um sentido social ou relacional²⁵, de particular relevância na inserção da pessoa com capacidade diminuída na vida comunitária — critério orientador de uma conformação da condição jurídica destas pessoas — por oposição a uma sua estigmatização e segregação²⁶.

²¹ Cf. P. Mota PINTO, “O Direito”, 167 e 196.

²² Num sentido semelhante, *vide* L. NETO, “Vulnerabilidade e capacidade de gozo”, 94.

²³ Sobre os subprincípios constitutivos do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, *vide* J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 269-270.

²⁴ Cf. P. Távora VÍTOR, “Os novos regimes”, 128, 130-131.

²⁵ Num sentido semelhante, *vide* P. Mota PINTO, “O Direito”, 158-159; L. NETO, “Vulnerabilidade e capacidade de gozo”, 92.

²⁶ Veja-se a Exposição de Motivos da Proposta do Centro de Direito da Família em que Paula Távora Vítor e Gerado Rocha Ribeiro sustentam

No sentido do reconhecimento das pessoas maiores com capacidade diminuída como verdadeiros titulares de direitos fundamentais concorreu também um dos princípios estruturantes do Estado de direito democrático e social e do sistema de direitos fundamentais: o princípio da igualdade (artigo 13.º CRP) ²⁷. Este princípio tem de acompanhar qualquer restrição ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade e ao direito à capacidade civil (artigo 26.º, n.º 1, CRP) das pessoas maiores com capacidade diminuída ²⁸. Na verdade, o referido princípio tem na sua base a igual dignidade social de todos os cidadãos, consubstanciando-se num “corolário da igual dignidade de todas as pessoas” “cujo sentido imediato consiste na proclamação da idêntica ‘validade cívica’ de todos os cidadãos, independentemente da sua inserção

a necessidade de um enquadramento jurídico para a situação das pessoas com capacidade diminuída que permita a sua inclusão comunitária. Cf. P. Távora VÍTOR / G. Rocha RIBEIRO, *Proposta de Lei*, Centro de Direito da Família, 1. De uma outra perspectiva, o artigo 140.º CCiv assinala como objectivo do Regime do Maior Acompanhado assegurar o bem-estar, a recuperação e o pleno exercício da capacidade de agir das pessoas maiores com capacidade diminuída. Tal objectivo é salientado pela doutrina quando se pronuncia acerca da escolha das medidas de acompanhamento. Cf. A. Pinto MONTEIRO, “Das incapacidades”, 82.

²⁷ Sobre o princípio da igualdade como princípio basilar de um regime jurídico que vise dar adequada resposta à protecção e à promoção da autonomia das pessoas maiores com capacidade diminuída, *vide* G. Rocha RIBEIRO, *A protecção do incapaz*, 26 e s.

²⁸ É também especialmente relevante neste âmbito das restrições ao direito da capacidade civil o princípio da proporcionalidade em sentido amplo também conhecido como princípio da proibição do excesso. Por conseguinte, só se pode admitir qualquer restrição legal à capacidade jurídica de uma pessoa se e na medida em que tal restrição vise a protecção e a promoção dos interesses e dos direitos fundamentais da pessoa em causa. Cf. P. Távora VÍTOR, “Os novos regimes”, 129-130. Veja-se ainda o clássico estudo de C.W. Canaris sobre a aplicação do princípio da proibição do excesso no domínio das “incapacidades”, Claus Wilhelm CANARIS, *Verstöße gegen das Verfassungsrechtliche Übermaßverbot*, 993-1004.

económica, social, cultural e política”²⁹. Trata-se de um princípio constitucional que não se dirige somente à regulação das relações entre o cidadão e o Estado, mas à regulação das relações entre privados ³⁰. Na verdade, a eficácia externa deste princípio terá “operacionalidade prática nos casos de abuso de direito por parte dos poderes privados, sobretudo quando o próprio estatuto da igualdade jurídica (conjugado com o princípio da dignidade da pessoa humana) é perturbado por regulações jurídico-civis” ³¹. Tal operacionalidade prática do princípio da igualdade assume especial relevância nas relações de cuidado informais e, até mesmo, na conformação legal das relações de cuidado estabelecidas na lei, em que um dos sujeitos, o cuidador, detém poderes materiais e/ou jurídicos mais ou menos amplos, que se projectam na esfera jurídica da pessoa maior com capacidade diminuída ³².

O legislador ordinário, estando vinculado ao princípio da igualdade na conformação do novo regime jurídico das pessoas com capacidade diminuída, teve de tomar em consideração as três dimensões que o âmbito de protecção do princípio da igualdade na ordem jurídico-constitucional portuguesa integra, a saber: a proibição do arbítrio, a proibição de discriminação e a obrigação de diferenciação ³³.

A primeira consiste na proibição de tratamento desigual e arbitrário relativamente a situações fundamentalmente iguais e na proibição de tratamento igual e arbitrário para situações manifestamente desiguais ³⁴. A arbitrariedade

²⁹ Cf. J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição*, 337.

³⁰ Cf. J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição*, 338.

³¹ Cf. J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição*, 338.

³² Neste sentido, *vide* G. Rocha RIBEIRO, *A protecção do incapaz*, 32-33.

³³ Cf. J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição*, 339.

³⁴ Cf. J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição*, 339. Cf. J. MIRANDA / R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa*, 167-168.

reside na diferenciação de tratamento sem ter para tanto uma “justificação razoável, de acordo com critérios de valor objectivos, constitucionalmente relevantes”³⁵.

Deste modo, o legislador, ao consagrar a inversão do princípio tradicional da incapacidade geral dos “incapazes” maiores, e admitindo a incapacidade como excepção, teve necessariamente de fundamentar o tratamento desigual, em que a sujeição a uma medida de acompanhamento se traduz, em critérios objectivos conformes aos valores constitucionais. Mais ainda, o legislador teve igualmente de respeitar as novas exigências de justificação das restrições à capacidade³⁶ das pessoas maiores com capacidade diminuída³⁷.

A proibição de discriminação não determina que qualquer diferenciação de tratamento seja ilegítima; dita sim que qualquer diferenciação de tratamento tenha que ter “fundamento material bastante”³⁸ e, portanto, não se baseie em nenhum dos critérios subjectivos enumerados no n.º 2 do artigo 13.º CRP³⁹. Estes “factores de desigualdade”⁴⁰ ou “factores de

³⁵ Cf. J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição*, 339.

³⁶ Neste sentido, explicitando que “a mera verificação de falta ou limitação da capacidade natural de uma pessoa não é bastante para decretar a sua *incapacidade nem para atribuir a terceiro* poderes de *decisão em substituição*”, vide P. Távora VÍTOR, “Os novos regimes”, 139.

³⁷ Sustentando que o regime tradicional das “incapacidades” das pessoas maiores “não garante um cabal respeito pelo princípio da igualdade, uma vez que nem sempre se justificará um tratamento radicalmente diferente dos incapazes em relação aos capazes”. Cf. G. Rocha RIBEIRO, *A protecção do incapaz*, 35.

³⁸ Cf. J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição*, 341.

³⁹ Cf. J. MIRANDA / R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa*, 167. Sobre o princípio da igualdade, as suas dimensões e a sua influência na necessidade de mudança do estatuto das pessoas com capacidade diminuída, vide J. Correia GOMES, “Constitucionalismo, deficiência mental”, 133-137.

⁴⁰ Cf. J. MIRANDA / R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa*, 172.

discriminação ilegítimos”⁴¹ constam de um elenco meramente exemplificativo ⁴². Esta conclusão torna-se hoje mais fácil depois do reconhecimento constitucional de um direito pessoal à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação (artigo 26.º, n.º 1, CRP) ⁴³. Consequentemente, podem existir outros factores de discriminação que, apesar de não estarem expressamente previstos, se revelem contrários ao Estado de direito democrático e social ⁴⁴ e a outros valores que resultem fundamentais para a consciência ético-jurídica da comunidade correspondente ⁴⁵, como se pode afirmar ser hoje o valor da dignidade da pessoa humana. Muito embora a situação de inabilidade ou inaptidão para prosseguir os seus interesses, a situação de diminuição de capacidade e a deficiência não estejam enunciadas no elenco do n.º 2 do artigo 13.º CRP, estas circunstâncias podem constituir também factores de discriminação tidos por inadmissíveis no actual estado civilizacional. Assim, o Regime do Maior Acompanhado deve ser lido e interpretado à luz da proibição da discriminação das pessoas com capacidade diminuída enquanto dimensão do princípio da igualdade ⁴⁶.

⁴¹ Cf. J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição*, 340.

⁴² Cf. J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição*, 340; J. MIRANDA / R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa*, 172.

⁴³ Cf. J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição*, 340; J. MIRANDA / R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa*, 172.

⁴⁴ Cf. J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição*, 340.

⁴⁵ Num sentido semelhante, J. MIRANDA / R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa*, 172.

⁴⁶ Num sentido semelhante, incluindo a “deficiência” no elenco dos factores de discriminação ilegítimos a acrescer aos enunciados no n.º 2 do artigo 13.º CRP e daí retirando a consequência da proibição da privação da capacidade jurídica automática em função da situação de deficiência, *vide* P. Távora VÍTOR, “Os novos regimes”, 130-139.

A terceira dimensão do princípio da igualdade é a obrigação de diferenciação. Esta dimensão aparece ligada a uma vertente material do princípio da igualdade que impõe ao Estado e à sociedade que “criem e recriem as oportunidades e as condições para que a todos permitam usufruir dos mesmos direitos e cumprir os mesmos deveres”⁴⁷ ou, por outras palavras, que impõe ao Estado e à sociedade a compensação da desigualdade de oportunidades, eliminando-as ou atenuando-as⁴⁸. Tal objectivo não é estranho à Reforma da Parte Geral do Código Civil quanto às (in)capacidades quando esta procura prever diferentes soluções jurídicas que se adaptem aos interesses e reais necessidades das pessoas com capacidade diminuída⁴⁹. Na verdade, o novo regime, ao aceitar e promover a capacidade de que gozem as pessoas com capacidade diminuída, está a permitir o acesso a determinados direitos, designadamente direitos fundamentais, que lhes eram negados pelo regime anterior⁵⁰.

É de realçar a tomada em consideração do regime específico dos direitos, liberdades e garantias que os torna directamente aplicáveis não só nas relações entre a pessoa e o Estado, mas também entre os particulares (artigo 18.º CRP). Deste modo, a Constituição converte-se em “estatuto fundamental da ordem jurídica, das relações sociais em geral, e não apenas da ordem

⁴⁷ Cf. J. MIRANDA / R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa*, 164.

⁴⁸ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição*, 341342. Num sentido semelhante, vide L. NETO, “Vulnerabilidade e capacidade de gozo”, 91.

⁴⁹ Cf. P. TÁVORA VÍTOR, “Os novos regimes”, 140.

⁵⁰ Sustentando que o anterior regime das incapacidades das pessoas maiores assente nos institutos da interdição da inabilitação se encontrava em manifesta desconformidade com os valores e princípios constitucionais, sendo necessário um novo sistema que garantisse os direitos fundamentais das pessoas maiores com capacidade diminuída, vide P. TÁVORA VÍTOR / G. ROCHA RIBEIRO, *Proposta de Lei*, Centro de Direito da Família, 5-6.

jurídica do Estado e das suas relações com a sociedade”⁵¹ ou, dito de outro modo, “traduz a mutação operada nas relações entre a lei e os direitos do cidadão: de direitos fundamentais apenas no âmbito da lei transitou-se para a ideia da lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais”⁵².

Atitularidadedosdireitos,liberdadesegarantiasincorporados na Constituição não pode deixar de ser reconhecida a todas as pessoas (artigo 12.º CRP)⁵³, designadamente às pessoas maiores com capacidade diminuída (artigo 71.º, n.º 1, 1.ª parte, CRP), ficando excluídos o exercício e o cumprimento dos direitos e deveres para os quais se encontrem incapacitadas (artigo 71.º, n.º 1, 2.ª parte, CRP). Todavia, esta restrição está sujeita ao princípio da proporcionalidade, devendo o legislador ordinário limitar tais direitos apenas no que se afigurar “estritamente necessário” e na medida em que assim seja de facto. O legislador ordinário está obrigado a “escolher as situações menos gravosas e mais consentâneas com o respeito pelo princípio de que os cidadãos portadores de deficiência gozam plenamente dos direitos conferidos aos cidadãos em geral”⁵⁴.

⁵¹ Cf. J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição*, 381.

⁵² Cf. L. NETO, “Vulnerabilidade e capacidade de gozo”, 91.

⁵³ Há que atender neste contexto ao princípio universalidade dos direitos fundamentais que se consubstancia no reconhecimento da titularidade de direitos (e deveres) fundamentais a “todos os cidadãos”, a todas as pessoas, pelo simples facto de o serem. Num sentido semelhante, *vide* J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 416 e J. MIRANDA / R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa*, 155-156.

⁵⁴ Cf. J. MIRANDA / R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa*, 1005 e 1006. Veja-se ainda, sobre o estatuto constitucional das pessoas maiores com capacidade diminuída, as ambiguidades que podem resultar da inserção sistemática do artigo 71.º CRP e a interpretação a fazer desta norma, no sentido de não diferenciar os cidadãos em geral dos cidadãos com capacidade diminuída, atribuindo aos primeiros um estatuto pleno de capacidade e aos segundos um estatuto limitado, J. Correia GOMES, “Constitucionalismo, deficiência mental”, 131-133.

Foi igualmente determinante a consideração de que é tarefa do Estado não só respeitar os direitos fundamentais, mas também garantir a sua concreta realização. Tal garantia assume importância tanto nas relações entre a pessoa e o Estado bem como nas relações entre ela e outros privados. Com efeito, são muitas vezes estes quem está em verdadeiras condições de os garantir ⁵⁵, como acontece com os cuidadores informais das pessoas maiores com capacidade diminuída. Ora, como já se disse, os direitos, liberdades e garantias são também directamente aplicáveis nas relações entre particulares (artigo 18.º, n.º 1, CRP). Assim sendo, cabe ao Estado, neste âmbito, uma função de controlo do efectivo respeito e realização concreta dos direitos fundamentais das pessoas maiores com capacidade diminuída, em especial nos casos de relações de cuidado em que estas estejam envolvidas e que possam suscitar abusos por parte dos cuidadores em virtude da especial vulnerabilidade das primeiras ⁵⁶.

Acresce que o legislador ordinário se encontra vinculado pelos direitos fundamentais ⁵⁷. Assim, os direitos fundamentais devem ser “compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas”. O que quer significar que a Constituição retirou ao legislador ordinário a possibilidade de reconhecer ou não tais direitos e de garantir ou não a sua efectivação ⁵⁸.

A nova ordem constitucional, embora não de forma imediata, veio determinar a mudança do regime jurídico tradicional das “incapacidades” das pessoas maiores. Tal regime mutilava não só a titularidade bem como o próprio

⁵⁵ Sobre a incumbência do Estado de direito democrático de respeitar e garantir a efectivação dos direitos fundamentais, *vide* J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição*, 208.

⁵⁶ Em sentido semelhante, *vide* P. Távora VÍTOR / G. Rocha RIBEIRO, *Proposta de Lei*, Centro de Direito da Família, 26.

⁵⁷ Cf. J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 440-442.

⁵⁸ Cf. J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 378.

exercício de certos direitos fundamentais. Acreditava-se que o anterior regime, plasmado no Código Civil, protegia melhor e de forma mais eficaz os “incapazes maiores” de si próprios⁵⁹, de terceiros⁶⁰ e que conseguia, simultaneamente, atingir a finalidade de protecção do comércio jurídico⁶¹.

A necessidade de mudança fez-se sentir ainda em virtude de novos instrumentos de Direito internacional de índole convencional a que o Estado Português aderiu. Pela importância e inovação das suas soluções, assim como pela decisiva influência no recorte do novo regime jurídico português das pessoas com capacidade diminuída, deve ser atribuída especial relevância à Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), aprovada e ratificada sem formulação de qualquer reserva pelo Estado Português.

Nesta introdução, merece particular atenção o artigo 12.º da referida Convenção. A importância deste artigo reside, em primeiro lugar, no apontar das traves mestras do regime da capacidade jurídica das pessoas com deficiência — que se encontra nos antípodas das soluções apresentadas pelos regimes tradicionais “das incapacidades”. Em segundo lugar, a importância desta norma reside no facto de a questão da capacidade jurídica funcionar como pressuposto para o reconhecimento de muitos dos direitos acolhidos no texto da convenção às pessoas com deficiência. De facto, a negação de capacidade jurídica às pessoas com deficiência permitiu a violação de muitos dos seus direitos fundamentais⁶².

⁵⁹ Cf. M. A. Domingues de ANDRADE, *Teoria geral*, II, 77; C. A. Mota PINTO, *Teoria geral*, 4.ª ed. por A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto, 277; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado*, II, 799; M. Miranda BARBOSA, *Maiores acompanhados*, 10; J. de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil*, I, 2.ª ed., 173.

⁶⁰ Cf. M. A. Domingues de ANDRADE, *Teoria geral*, II, 77.

⁶¹ Cf. H. E. HÖRSTER, *A parte geral*, 319.

⁶² Cf. T. DEGENER / A. BEGG, “From invisible citizens”, 23.

Por isso, o artigo 12.º começa com a declaração de que os “Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito ao reconhecimento da sua personalidade jurídica perante a lei em qualquer lugar” (artigo 12.º, n.º 1, CDPD) — consciente da íntima ligação entre a personalidade jurídica e a capacidade jurídica, ainda que aqui o termo seja utilizado em sentido impróprio como se verá adiante — e prossegue afirmando que os “Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm capacidade jurídica, em condições de igualdade com as outras, em todos os aspectos da vida” (artigo 12.º, n.º 2, CDPD). A Convenção visa, assim, estabelecer o princípio da igualdade como trave mestra do regime jurídico da capacidade das pessoas com deficiência, ou seja, almeja promover a não discriminação das pessoas com deficiência e assegurar o pleno e igual gozo de todos os direitos humanos por tais pessoas, através da eliminação de todos os obstáculos à plena e concreta realização destes direitos⁶³. Acresce que o reconhecimento de igual capacidade jurídica às pessoas com deficiência potencia a efectivação de outros princípios basilares do sistema da Convenção como a afirmação e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, da autodeterminação de cada pessoa na condução da sua vida, através das escolhas que vai fazendo, e da participação integral na vida social sem discriminações baseadas na deficiência ou inabilidade ou inaptidão para a realização de certas tarefas⁶⁴.

A Convenção, no entanto, não se basta com aquela inclusão do princípio da igualdade no regime da capacidade jurídica. Do texto da Convenção resulta ser necessário comprometer os Estados Partes com a exigência de tomarem “as medidas

⁶³ Cf. M. KEYS, “Article 12”, 264. Num sentido semelhante, extraindo consequências a nível dos concretos recortes de uma nova condição jurídica das pessoas com capacidade diminuída e da consideração da sua capacidade jurídica, *vide* P. Távora VÍTOR, “Os novos regimes”, 128.

⁶⁴ Cf. M. KEYS, “Article 12”, 265.

apropriadas para providenciar o acesso às pessoas com deficiência ao apoio que possam necessitar no exercício da sua capacidade jurídica” (artigo 12.º, n.º 3, CDPD). A referência a tais medidas deve interpretar-se no sentido de que a remoção de todos os obstáculos ao reconhecimento da capacidade jurídica das pessoas com deficiência promoverá a sua “plena e efectiva participação” na vida em sociedade e a realização do princípio da igualdade ⁶⁵.

Já ficou dito que o não reconhecimento de capacidade jurídica às pessoas com deficiência se saldou na criação de condições propícias à violação dos seus direitos fundamentais. Assim, a Convenção no n.º 4 do artigo 12.º vem reclamar dos Estados Partes a garantia que “todas as medidas que se relacionem com o exercício da capacidade jurídica” ofereçam “as garantias apropriadas e efectivas para prevenir o abuso, de acordo com o direito internacional dos direitos humanos”.

Por um lado, a Convenção parte do princípio de que o reconhecimento de capacidade jurídica às pessoas com deficiência é essencial para que estas tenham, como todas as outras pessoas, acesso a todos os direitos humanos como, por exemplo, o direito à integridade pessoal ⁶⁶. Por outro lado, a Convenção parte do pressuposto de que a violação deste e de outros direitos pode resultar do próprio sistema de protecção e das medidas por ele previstas. Deste modo, a Convenção requer que tais medidas sejam “proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa” ⁶⁷, que sejam aplicadas “no período

⁶⁵ Cf. M. KEYS, “Article 12”, 265.

⁶⁶ Cf. M. KEYS, “Article 12”, 266.

⁶⁷ Paula Távora Vítor sustenta que a Convenção consagra aqui o “princípio da proporcionalidade em sentido amplo nas suas várias dimensões (necessidade, adequação e proporcionalidade), como princípio dirigente na conformação de instrumentos que se relacionem com o ‘exercício da capacidade jurídica’ (...)”. Cf. P. Távora Vítor, “Os novos regimes”, 128.

de tempo mais curto possível” e que estejam “sujeitas a um controlo periódico por uma autoridade ou órgão judicial competente e imparcial”.

A exposição quanto aos fundamentos e princípios em que se ancora o Regime do Maior Acompanhado — que se quer que seja um regime de protecção e promoção dos direitos das pessoas com capacidade diminuída — não foi exaustiva. Procurou-se apenas mostrar a necessidade de alteração de regime, sobretudo, em face dos novos dados jurídicos. De entre estes, foi dada maior relevância àqueles que mais influência terão na interpretação e aplicação do regime particular quanto ao exercício de direitos pessoalíssimos por pessoas com capacidade diminuída. Sem prejuízo, no entanto, da referência a outros princípios basilares do sistema — como o princípio da flexibilidade — sempre que se mostre necessária a sua convocação para a leitura e interpretação das normas respeitantes ao exercício de direitos pessoais.

Antes, porém, de analisar o novo regime, cumpre reafirmar a estreita ligação entre personalidade jurídica, subjectividade jurídica e capacidade jurídica, as diferenças entre os conceitos de capacidade jurídica e capacidade de agir e as suas consequências quanto ao exercício dos actos pessoalíssimos nos sistemas tradicionais da incapacidade das pessoas maiores.

2. A estreita ligação entre personalidade jurídica, subjectividade jurídica e capacidade jurídica

Importa começar por salientar que os manuais de Teoria Geral do Direito Civil usualmente insistem na íntima conexão⁶⁸

⁶⁸ A relação entre personalidade jurídica e capacidade jurídica já foi, entre nós, na vigência do Código de Seabra, uma relação de identidade. Esta relação de identidade tinha acolhimento tanto a nível legislativo (artigo 1.º Código de Seabra: “*Só o homem é susceptível de direitos e obrigações. Nisto*”) quanto a nível doutrinário.

entre a noção de capacidade jurídica e a noção de personalidade jurídica. Esta perspectiva no tratamento da capacidade jurídica não deve ser entendida como um mero expediente de exposição das matérias. Subjaz-lhe uma ideia importante: aquilo que o Direito entender por personalidade jurídica, num determinado estado civilizacional, marcará incondicionalmente o que o Direito entender por capacidade jurídica.

A personalidade jurídica não é hodiernamente considerada como um “produto do direito positivo”⁶⁹, cujo reconhecimento se encontra na disponibilidade do legislador ordinário, atribuindo-a ou recusando-a, de modo arbitrário, com base em factores que obtêm hoje a qualificação de factores de discriminação ilegítimos. Pelo contrário, a personalidade jurídica traduz-se na leitura que o Direito faz do valor da pessoa humana, segundo a consciência ético-jurídica⁷⁰ no estado actual da nossa civilização, que reconhece a dignidade da pessoa humana como valor primordial⁷¹.

A personalidade jurídica traduz-se “na projecção no Direito (no mundo do normativo jurídico) da personalidade humana”⁷².

consiste a sua capacidade jurídica ou a sua personalidade”), como a nível doutrinário. Cf. L. da Cunha GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, I, 169; e M. A. Domingues de ANDRADE, *Teoria Geral*, I, 3031. O mesmo se passa ainda hoje no sistema jurídico alemão, em que a lei (§ 1 BGB) e doutrina sustentam que a relação entre personalidade jurídica e capacidade jurídica se traduz numa relação de identidade. De facto, os autores alemães não distinguem personalidade jurídica de capacidade jurídica, *vide*, por todos, M. WOLF / J. NEUNER, *Allgemeiner Teil*, 117 e s. Para uma crítica de tal relação de identificação, *vide* P. STANZIONE, *Capacità e minore età*, 85 e s.

⁶⁹ Cf. A. DE CUPIS, *Persona fisica (diritto vigente)*, 1019.

⁷⁰ Cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral*, 162.

⁷¹ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria geral*, 4.^a ed. por A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto, 99-100, 193; L. A. Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral*, I, 196.

⁷² Cf. O de CARVALHO, *Teoria Geral*, 162.

A personalidade jurídica radica, portanto, sobre o substracto ontológico e axiológico⁷³ da personalidade humana que reclama ao Direito para a personalidade jurídica as características da *essencialidade, indissolubilidade e da ilimitabilidade*⁷⁴.

Acresce que a pessoa humana, ao conceber-se e reconhecer-se como pessoa em sentido jurídico, exige necessariamente o reconhecimento da sua qualidade de sujeito de direito. A personalidade jurídica postula o reconhecimento à pessoa humana da sua qualidade de sujeito de direito⁷⁵. “A personalidade jurídica, como projecção da personalidade humana, constitui juridicamente um *esse*, a subjectividade jurídica constitui um *posse*”. Não é possível reconhecer a qualidade de pessoa jurídica a alguém que não tenha “o estatuto permanente de sujeito de direito”⁷⁶. Com efeito, a subjectividade jurídica revela-se como “condição indispensável da realização por cada homem dos seus fins ou interesses na vida com os outros”⁷⁷.

Cumprê então saber em que consiste a subjectividade jurídica. A subjectividade jurídica pode ser definida como a “susceptibilidade abstracta” de ser titular autónomo de direitos e de estar adstrito a deveres⁷⁸ ou, dito de outro modo, como a

⁷³ Cf. O. de CARVALHO, *Os direitos do Homem*, 17-18; IDEM, *Teoria Geral*, 161; e R. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral*, 247 (nota 622).

⁷⁴ A personalidade jurídica é *essencial* porque “pressupõe a personalidade humana”; é *indissolúvel* da personalidade humana e é *ilimitada* tal como o é a personalidade humana. Cf. O. de CARVALHO, *Os direitos do Homem*, 2123; IDEM, *Teoria Geral*, 162-163.

⁷⁵ Cf. O. de CARVALHO, *Teoria Geral*, 164.

⁷⁶ Cf. O. de CARVALHO, *Teoria Geral*, 163-164.

⁷⁷ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria geral*, 4.^a ed. por A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto, *Teoria Geral*, 100.

⁷⁸ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria geral*, 4.^a ed. por A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto, 100; L. A. Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral*, I, 128-129 e 131; J. de Castro MENDES, *Teoria geral*, 82; H. E. HÖRSTER, *A Parte Geral*, 308, 323-324; e M. WOLF / J. NEUNER, *Allgemeiner Teil*, 118.

possibilidade para ser titular de relações jurídicas ⁷⁹.

À categoria da subjectividade jurídica está intimamente ligada uma outra categoria: a capacidade jurídica. A capacidade jurídica é “o conteúdo necessário da subjectividade jurídica” ⁸⁰ e consiste na “susceptibilidade concreta” ⁸¹ de ser titular de direitos e obrigações ⁸², sendo proibida a sua renúncia total ou parcial (artigos 67.º e 69.º CCiv).

Importa sublinhar que de acordo com a orientação tradicional do estudo do sistema das incapacidades, a capacidade jurídica se traduzia na aptidão genérica para ser titular de um círculo maior ou menor de direitos e deveres ⁸³. Assim, entendia-se que um sujeito de direito podia ter capacidade em maior ou menor medida sendo sempre pessoa ⁸⁴. Na verdade, de acordo com o entendimento tradicional desta matéria, todas as pessoas possuíam capacidade jurídica ⁸⁵. Todavia, a capacidade jurídica não se verificava de modo igual em todas as pessoas. O Direito não reconhecia a todas as pessoas a mesma capacidade jurídica, em função de certas condições da pessoa ou de certas situações em que esta se encontrasse ⁸⁶. Esta potencialidade para ser, em

⁷⁹ Cf. M. A. Domingues de ANDRADE, *Teoria Geral*, I, 30; C. A. da Mota PINTO, *Teoria Geral*, 98.

⁸⁰ Cf. M. A. Domingues de ANDRADE, *Teoria Geral*, I, 31; C. A. da Mota PINTO, *Teoria Geral*, 194.

⁸¹ Cf. O. de CARVALHO, *Teoria Geral*, 163 e 165.

⁸² Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria geral*, 4.ª ed. por A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto, 100; O. de CARVALHO, *Teoria Geral*, 165.

⁸³ Cf. M. A. Domingues de ANDRADE, *Teoria Geral*, I, 31; C. A. Mota PINTO, *Teoria geral*, 4.ª ed. por A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto, 194.

⁸⁴ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria geral*, 4.ª ed. por A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto, 194.

⁸⁵ Cf. M. A. Domingues de ANDRADE, *Teoria Geral*, I, 33.

⁸⁶ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria geral*, 4.ª ed. por A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto, 194.

concreto, titular de direitos e deveres podia então variar de sujeito para sujeito. A capacidade jurídica era entendida como uma noção de cariz quantitativo, incorporando a ideia de medida, ao contrário da noção de personalidade jurídica, noção de cariz qualitativo que não admitia, e não admite, gradações ⁸⁷.

Em face da hodierna representação cultural e social da pessoa humana e da densidade que adquiriu para o Direito o princípio da dignidade da pessoa humana, deve afirmar-se que a subjectividade jurídica não pode deixar de ser, por força do imperativo constitucional da igualdade, a mesma para todas as pessoas ⁸⁸. Por conseguinte, a capacidade jurídica, a ela inerente, também terá de ser igual para todas as pessoas ⁸⁹. A Constituição suporta a afirmação anterior na medida em que consagra um direito à capacidade civil (artigo 26.º, n.º1, CRP) que não pode senão assentar no direito de todas as pessoas serem reconhecidas como pessoas jurídicas e como sujeitos de direito ⁹⁰.

Julga-se que o entendimento tradicional da capacidade jurídica não podia subsistir no nosso estado civilizacional. Na verdade, o novo Regime do Maior Acompanhado deve ser interpretado como tendo redesenhado o sistema de incapacidades, reconhecendo a todas as pessoas capacidade jurídica em igual medida.

⁸⁷ Cf. M. A. Domingues de ANDRADE, *Teoria Geral*, I, 31; C. A. Mota PINTO, *Teoria geral*, 4.ª ed. por A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto, 194 e 220; L. A. Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral*, I, 131-132 ; J. de Castro MENDES, *Teoria geral*, 85 e 87; H. E. HÖRSTER, *A Parte Geral*, 309; J. de Oliveira ASCENSÃO, *Teoria Geral*, I, 142-145; R. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral*, I, 250-251.

⁸⁸ Cf. M. WOLF; J. NEUNER, *Allgemeiner Teil*, 118.

⁸⁹ Cf. H. E. HÖRSTER, *A Parte Geral*, 294.

⁹⁰ Cf. J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição*, 465.

3. Capacidade jurídica e capacidade de agir

De acordo com o sistema tradicional de incapacidades, a capacidade jurídica e a capacidade de agir têm somente em comum a ideia de medida, mas não se confundem, colocando-se em planos fundamentalmente distintos⁹¹. Importa, portanto, recortar com exactidão o âmbito de cada uma ⁹².

Como já se referiu anteriormente, a capacidade jurídica define-se como a susceptibilidade de se ser, em concreto, titular de direitos e deveres. Tal possibilidade, por ser inerente à personalidade jurídica, é reconhecida a todo o ser humano, independentemente das suas aptidões ou habilidades.

Por sua vez, a capacidade de agir distingue-se da primeira pois consiste na idoneidade para actuar de forma juridicamente relevante, ou seja, traduz-se na susceptibilidade de exercer direitos e cumprir obrigações, adquirir direitos ou assumir obrigações, por acto próprio, exclusivo e autónomo. Por outras palavras, pode definir-se como a aptidão do sujeito para actuar pessoal e autonomamente, exercendo os direitos que adquiriu ou lhe foram atribuídos e cumprindo as obrigações a que está adstrito⁹³. Essencial ao reconhecimento de capacidade de agir a um determinado sujeito é a verificação de que este apresenta

⁹¹ L. A. Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral*, I, 134.

⁹² Adverte-se para o facto de se falar em capacidade jurídica e capacidade de agir e não em capacidade de gozo e capacidade de exercício. Considera-se a primeira terminologia mais adequada por se entender que não existe uma verdadeira contraposição entre gozo e exercício. Neste sentido, Pasquale Stanzone, sustenta que “o gozo de um determinado bem não pode andar afastado do correlativo exercício”. Cf. P. STANZIONE, *Capacità e minore età*, 241-243.

⁹³ Cf. M. A. Domingues de ANDRADE, *Teoria Geral*, I, 31-32; C. Alberto da Mota PINTO, *Teoria Geral*, 195; O. de CARVALHO, *Teoria Geral*, 167; L. A. Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral*, I, 134; J. de Castro MENDES, *Teoria geral*, 85-86; H. E. HÖRSTER, *A Parte Geral*, 309310; R. Capello de SOUSA, *Teoria Geral*, 251-252.

capacidade natural para querer e entender⁹⁴.

Por esta razão, e ao contrário da capacidade jurídica, a capacidade de agir não é igual para todas as pessoas. Pode um sujeito possuir capacidade jurídica, mas ser considerado pela ordem jurídica incapaz de agir porque nem todas as pessoas apresentam a mesma capacidade natural para querer e entender. De facto, terá de ser este o critério orientador para o reconhecimento em concreto da medida da capacidade de agir a cada pessoa.

Para uma cabal compreensão do regime do suprimento das incapacidades, no âmbito do sistema tradicional e no actual sistema de protecção e promoção dos direitos das pessoas com capacidade diminuída, afigura-se ainda necessário perspectivar a capacidade jurídica e a capacidade de agir pondo em relevo o seu perfil negativo, ou seja, perspectivá-las como incapacidades.

De acordo com a doutrina civilista, na origem da diferença do regime de suprimento das incapacidades estavam os seus diversos fundamentos. Na verdade, a incapacidade de agir visava, em primeira linha, a protecção do incapaz⁹⁵, enquanto que a incapacidade jurídica radicaria sobretudo noutros interesses, designadamente “motivos de interesse público bastante ponderosos” ou interesses de ordem social, além dos interesses do incapaz⁹⁶.

Deste modo, a incapacidade jurídica, ao implicar a insusceptibilidade do sujeito para ser titular de certos direitos e estar adstrito a certas obrigações, determinaria a proibição, pela ordem jurídica, da actuação jurídica do incapaz ou de

⁹⁴ Cf. M. A. Domingues de ANDRADE, *Teoria Geral*, I, 32.

⁹⁵ Neste sentido, *vide* M. A. Domingues de ANDRADE, *Teoria Geral*, II, 77; C. A. Mota PINTO, *Teoria geral*, 4.^a ed. por A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto, 220; H. E. HÖRSTER, *A Parte Geral*, 318-319; J. de Oliveira ASCENSÃO, *Teoria Geral*, 173; R. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral*, 330.

⁹⁶ Cf. M. A. Domingues de ANDRADE, *Teoria Geral*, II, 107; R. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral*, 253.

outrem, no seu lugar e em seu nome. A incapacidade jurídica seria, assim, insuprível⁹⁷.

A incapacidade de agir enquanto insusceptibilidade para actuar juridicamente, por acto próprio e exclusivo ou através de representante voluntário, exercendo e adquirindo direitos ou cumprindo e assumindo obrigações, por seu turno, implicaria igualmente a proibição, pela ordem jurídica, de o incapaz realizar tais actos. Contudo, esses mesmos actos poderiam e deveriam ser praticados por outrem, no nome e no interesse do incapaz, o seu representante legal, ou então pelo próprio incapaz, através da autorização ou da aprovação por outra pessoa, o assistente. A incapacidade de agir seria, pois, suprível⁹⁸.

A plena capacidade de agir só é reconhecida aos sujeitos maiores de idade (artigo 130º CCiv), a não ser que sejam beneficiários de uma medida de acompanhamento em sede da qual se tenha procedido a essa restrição, de acordo com a efectiva capacidade natural para querer e entender. No entanto, no estado actual da nossa civilização, o sistema das incapacidades devia assumir, como princípio geral, a plena capacidade de agir para todos os sujeitos e, por conseguinte, as respectivas limitações ou restrições deviam estar expressamente previstas na lei e, em caso de dúvida, deviam ser restritivamente interpretadas⁹⁹.

Acredita-se ter sido esta a orientação do Regime do Maior Acompanhado, que eliminou as incapacidades jurídicas,

⁹⁷ Cf. M. A. Domingues de ANDRADE, *Teoria Geral*, II, 70; C. A. Mota PINTO, *Teoria geral*, 4.ª ed. por A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto, 222; L. A. Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral*, I, 138; R. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral*, 253.

⁹⁸ Cf. M. A. Domingues de ANDRADE, *Teoria Geral*, II, 71; C. A. Mota PINTO, *Teoria geral*, 4.ª ed. por A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto, 222; L. A. Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral*, I, 138; R. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral*, 254.

⁹⁹ Cf. L. Díez PICAZO / A. GULLÓN, *Instituciones* I/1, 126; e I. BRANDON, *Vers un nouveau regime*, 227.

como já se viu, e que tem por excepcionais as situações de necessidade de suprimento da incapacidade de agir, observando as três dimensões do princípio da proporcionalidade em sentido amplo (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) e respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰⁰. Na verdade, o artigo 140.º CCiv determina que “o acompanhamento (...) visa o pleno exercício dos direitos [do acompanhado] e o cumprimento dos seus deveres” e o n.º 1 do artigo 145.º CCiv afirma que o acompanhamento se limita ao necessário. Assim, parece dever interpretar-se este novo regime como potenciador da autodeterminação das pessoas maiores com capacidade diminuída, promovendo a sua actuação jurídica na medida do possível, ou seja, na medida da sua capacidade natural para querer e entender. Uma tal interpretação é corroborada pelo carácter excepcional dos mecanismos de protecção que se traduzam numa substituição¹⁰¹ da pessoa maior com capacidade diminuída na realização dos seus direitos, deveres e interesses patrimoniais e pessoais.

4. O regime do maior acompanhado, a rejeição da capacidade jurídica no âmbito dos actos pessoalíssimos e o problema da capacidade de exercício para a sua prática

As categorias da capacidade jurídica e da capacidade de agir revelam-se para o sistema tradicional das incapacidades como categorias essencialmente diferentes. A distinção entre elas apresenta-se necessária, lógica e evidente. Na verdade, quando as preocupações com os interesses patrimoniais se sobrepunham aos interesses pessoais das pessoas maiores com capacidade diminuída, a aplicação daquelas categorias não oferecia qualquer

¹⁰⁰ Cf. A. Pinto MONTEIRO, “Das incapacidades”, 79.

¹⁰¹ Cf. A. Pinto MONTEIRO, “Das incapacidades”, 78.

dificuldade ou resistência. O que pode ser explicado uma vez que a distinção entre capacidade jurídica e capacidade de agir tem a sua origem no direito civil patrimonial ¹⁰².

Ora, quando o jurista se propõe aplicá-las ao âmbito dos direitos puramente pessoais, a necessidade, a evidência e a lógica da distinção parecem desaparecer e revela-se o seu carácter artificial. As dificuldades de ajustamento dos conceitos às situações concretas começam a aparecer, uma vez que em sede de direitos pessoais a distinção entre titularidade e exercício não faz sentido ¹⁰³. De facto, quando em causa estão direitos que mais não são do que manifestações da própria personalidade, não tem qualquer sentido útil o reconhecimento da idoneidade para a sua titularidade (capacidade jurídica) desacompanhado do reconhecimento da aptidão para os exercer (capacidade de agir) ¹⁰⁴.

A consideração das especiais características e necessidades das pessoas maiores com capacidade diminuída, com base na sua falta de aptidão ou habilidade para prosseguir os seus interesses e, portanto, na sua especial vulnerabilidade, reclama uma exigência ainda maior de protecção e de promoção da sua autonomia no âmbito dos direitos pessoalíssimos.

Na verdade, a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 110/XIII afirma “a possibilidade de o maior acompanhado, salvo decisão expressa do juiz em contrário, manter a liberdade para a prática de diversos actos pessoais”, dos quais destacamos o direito a casar, o direito a perfilhar e o direito a testar. Tal texto veio a transitar, com algumas modificações, para o novo artigo 147.º CCiv. Se a pessoa maior com capacidade diminuída é livre de exercer estes actos pessoalíssimos é

¹⁰² Neste sentido, *vide* P. STANZIONE, *Capacità e minore età*, 162 e s., 249, 286.

¹⁰³ Neste sentido, *vide* P. STANZIONE, *Capacità e minore età*, 249 e s.; M. GIORGIANNI, *In tema di capacità*, 103.

¹⁰⁴ Neste sentido, *vide* P. STANZIONE, *Capacità e minore età*, 250-251.

porque lhe é reconhecida capacidade jurídica para o efeito. Dito de outro modo, é porque lhe é reconhecida a titularidade de tais direitos. A importância deste reconhecimento radica no facto de as restrições tradicionais à capacidade jurídica se reconduzirem precisamente quanto à titularidade, em concreto, dos referidos direitos pessoais ¹⁰⁵.

Reconhecida a titularidade de tais direitos, o problema que agora se coloca, no âmbito dos direitos puramente pessoais, não é já um problema de titularidade, mas sim de exercício. A questão consiste agora em saber se as pessoas maiores com capacidade diminuída detêm a capacidade natural de querer e de entender bastante para a prática dos actos em que se traduz o exercício dos seus direitos pessoais. A esta questão a resposta da Reforma foi, em termos gerais, uma resposta positiva. Assim, o maior acompanhado pode exercer livremente os seus direitos pessoais — exemplificativamente enumerados no n.º 3 do artigo 147.º CCiv —, sendo “o reconhecimento da liberdade para a prática de direitos pessoais” uma das finalidades deste novo esquema de tratamento jurídico das (in)capacidades das pessoas maiores ¹⁰⁶. Tal liberdade, porém, não é ilimitada. Isso seria desconhecer a necessidade de protecção das pessoas maiores também nestes casos. Por isso, o anteprojecto e a lei fazem depender essa liberdade de “disposição legal ou de decisão em contrário” (artigo 147.º, n.º 1, *in fine*, CCiv).

Tal solução merece algumas considerações que decorrem, em primeiro lugar, de se julgar em desconformidade com o espírito da Reforma que aponta para a preservação da capacidade (de exercício) existente em matéria de direitos pessoais ¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria geral*, 4.ª ed. por A. Pinto MONTEIRO e P. Mota Pinto, 223.

¹⁰⁶ Veja-se a anotação ao artigo 147.º do Anteprojecto de Reforma, em anexo a A. Menezes CORDEIRO, *Da situação jurídica*, 124.

¹⁰⁷ Neste sentido, *vide* P. Távora VÍTOR, “Os novos regimes”, 135-136.

Na verdade, as restrições aos direitos pessoais do maior acompanhado não deveriam estar dependentes de um juízo abstracto formulado pelo legislador, sem atender aos específicos recortes do caso concreto.

Em segundo lugar, crê-se que no novo sistema das (in) capacidades, à tradicional finalidade de protecção das pessoas maiores com capacidade diminuída se deve juntar, complementando a primeira, a finalidade de promoção da sua autonomia. Por conseguinte, pensa-se que a melhor solução, para não desproteger estas pessoas e para simultaneamente promover a sua autodeterminação, seria sujeitar a restrição da liberdade para o exercício de um direito pessoal de autorização por uma autoridade oficial (o tribunal, o conservador, o notário) ¹⁰⁸, no momento da prática do acto, perante as circunstâncias do caso. Deste modo se adequaria efectivamente a decisão ao caso concreto ¹⁰⁹, em especial à aptidão, à habilidade e aos interesses da pessoa do maior acompanhado ¹¹⁰. Preservar-se-ia também o princípio da flexibilidade que reclama soluções diversas e diversificadas em função da concreta situação em que se encontre a pessoa maior com capacidade diminuída ¹¹¹.

4.1. O direito a celebrar casamento

O direito a celebrar casamento, enquanto direito fundamental constitucionalmente consagrado, consiste numa manifestação do direito geral de liberdade.

Em primeiro lugar, trata-se de um direito de defesa da liberdade de casar. A consagração constitucional deste direito

¹⁰⁸ Neste sentido, *vide* P. Távora VÍTOR, "Os novos regimes", 135.

¹⁰⁹ Neste sentido, *vide* P. Távora VÍTOR, "Os novos regimes", 134.

¹¹⁰ Cf. G. Rocha RIBEIRO, *A protecção do incapaz*, 426-427.

¹¹¹ Sobre o princípio da flexibilidade, *vide* P. Távora VÍTOR, "Os novos regimes", 129.

visa salvaguardar a decisão livre e autónoma de celebrar casamento. Quer-se acautelar que o direito seja exercido sem interferência do Estado ou de terceiros.

Em segundo lugar, o direito de celebrar casamento comporta várias dimensões: o direito de casar ou não casar; o direito de escolher com quem casar; o direito de escolher o momento em que casar ¹¹².

Tal direito está consagrado no catálogo constitucional dos direitos, liberdades e garantias, no artigo 36.º, n.º 1, 2.ª parte, CRP, que declara que “todos têm o direito de contrair casamento em condições de plena igualdade”. A liberdade de celebrar casamento, porém, comporta restrições. Na verdade, o direito a celebrar casamento é um direito pessoalíssimo, ou seja, um direito que pela sua essência está intimamente ligado à pessoa do seu titular. Trata-se de um daqueles direitos que podem definir-se como existenciais, como direitos essenciais à própria qualidade de ser pessoa, sem os quais a pessoa, pelo simples facto de o ser, não pode ser compreendida, no estado actual da nossa civilização. Por conseguinte, não pode negar-se a sua titularidade a qualquer pessoa em função das suas características. Pode tão-só, para protecção da própria pessoa e para protecção dos interesses dos terceiros envolvidos, em certas circunstâncias, restringir-se o seu exercício.

O preceito referido não é susceptível de ser entendido de modo literal. Se assim não fosse, teriam de ser considerados desconformes à Constituição todos os impedimentos matrimoniais previstos na lei civil, na medida em que se reconduzem a restrições à liberdade de celebrar casamento ¹¹³. Trata-se, com efeito, de requisitos de capacidade de exercício do direito em causa que o legislador constituinte não quis

¹¹² Cf. J. MIRANDA / R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa*, 586; J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição*, 562.

¹¹³ Cf. F. M. Pereira COELHO / G. OLIVEIRA, *Curso*, Vol. I, 130-131.

pura e simplesmente banir. O propósito do legislador constituinte terá sido tão-só o de impor ao legislador ordinário a obrigação de se certificar que os impedimentos matrimoniais estabelecidos se revelam necessários, adequados e proporcionais aos objectivos de protecção da pessoa titular do direito e dos terceiros afectados. Para tanto, devem ter por base interesses públicos fundamentais ¹¹⁴.

O Regime do Maior Acompanhado veio eliminar o impedimento matrimonial com base na interdição e na inabilitação por anomalia psíquica, que estava em franca contradição com o espírito do novo regime de protecção e promoção dos direitos das pessoas maiores com capacidade diminuída.

O impedimento ao casamento dos interditos ou inabilitados por anomalia psíquica contrariava igualmente o disposto no artigo 23.º, n.º1, *a*), da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ¹¹⁵. Na verdade, este artigo impõe aos Estados Partes que tomem “todas as medidas apropriadas e efectivas” com o objectivo de erradicar a discriminação contra as pessoas com deficiência no que respeita ao direito a celebrar casamento “em condições de igualdade com as demais”, por forma a que a todas as pessoas com deficiência em idade núbil seja reconhecido o direito a casar, “com base no livre e total consentimento dos futuros cônjuges”.

Entre as “medidas efectivas e apropriadas” para eliminar toda e qualquer discriminação contra as pessoas com deficiência quanto ao direito a celebrar casamento cabe necessariamente uma alteração legislativa que compatibilizasse a legislação

¹¹⁴ Neste sentido, *vide* F. M. Pereira COELHO / G. OLIVEIRA, *Curso*, Vol. I, 131; e J. Duarte PINHEIRO, *O Direito da família*, 72.

¹¹⁵ Veja-se a anotação ao artigo 1601.º, *b*) do Anteprojecto de Reforma, em anexo a A. Menezes CORDEIRO, *Da situação jurídica*, 133.

nacional a este respeito com a Convenção, modificando ou revogando a lei em vigor ¹¹⁶.

O actual artigo 1601.º, *b*), do Código Civil estabelece que são impedimentos dirimentes absolutos “a demência notória, mesmo durante os intervalos lúcidos, e a decisão de acompanhamento, quando a sentença respectiva assim o determine”. Julga-se que se pretendeu desta forma acomodar as exigências acima referidas. Permite-se, assim, o exercício livre do direito a celebrar casamento por pessoas maiores com capacidade diminuída, a não ser que a sentença que decreta a medida de acompanhamento determine o contrário. Esta restrição aparece justificada na anotação ao artigo 1601.º, *b*), do Anteprojecto de Reforma relativamente aos “casos mais graves” em que o casamento de maiores acompanhados não faria sentido” ¹¹⁷. Este juízo seria emitido pelo tribunal, no momento de decidir acerca da aplicação da medida de acompanhamento. Refere-se ainda a possibilidade de a restrição do direito a casar ser revista supervenientemente numa outra sentença ¹¹⁸ que venha a decretar a cessação ou a modificação da medida de acompanhamento, nos termos do actual artigo 149.º, n.º 1, do Código Civil.

Parece que, neste campo, o legislador não foi inteiramente congruente com a ideia da concessão da capacidade de exercício no âmbito dos actos pessoais até onde fosse possível, enquanto expressão do direito à autodeterminação. Na verdade, a previsão da limitação do exercício do direito fundamental a celebrar casamento por sentença judicial que decreta a medida do acompanhamento não é susceptível de atingir aquele

¹¹⁶ Cf. V. Della FINA, “Article 23”, 434.

¹¹⁷ Veja-se a anotação ao artigo 1601.º, *b*) do Anteprojecto de Reforma, em anexo a A. Menezes CORDEIRO, *Da situação jurídica*, 133.

¹¹⁸ Veja-se a anotação ao artigo 1601.º, *b*) do Anteprojecto de Reforma, em anexo a A. Menezes CORDEIRO, *Da situação jurídica*, 133.

objectivo. A sentença que decreta o acompanhamento não pode senão formular um juízo apriorístico sobre a específica capacidade de exercício do direito a celebrar casamento ¹¹⁹.

Crê-se ainda que, de acordo com o novo espírito do sistema, a sentença que limitar este direito a celebrar casamento deveria ser actual. A decisão judicial deveria expressar um juízo proferido em face da concreta capacidade da pessoa maior no momento em que o problema se põe, ou seja, deveria traduzir-se numa avaliação casuística e não numa avaliação em termos gerais da capacidade do acompanhado para querer e entender o acto que vai praticar e as suas consequências a nível pessoal e patrimonial. Tal solução afigura-se mais adequada aos princípios da autonomia, da dignidade da pessoa e da flexibilidade, porquanto se traduz na possibilidade de adequação da medida de acompanhamento às singularidades de cada caso. Compreende-se a escolha pela decisão judicial como meio de acautelar o direito fundamental em causa. Os tribunais têm que aplicar a Constituição e, ao restringir um direito, liberdade e garantia, não podem senão fazê-lo de forma necessária, adequada e proporcional. A lei poderia ter preferido uma avaliação da capacidade do maior acompanhado para casar em sede própria, no processo preliminar de casamento. Neste caso, a apreciação de tal capacidade seria feita pelo Conservador do Registo Civil, podendo eventualmente estar sujeita a homologação judicial.

4.2. O direito a testar

O testamento, pelas suas particulares características, requer regras especiais no que respeita à capacidade do seu autor. Com efeito, sendo o testamento um negócio jurídico pessoal (artigo

¹¹⁹ Num sentido semelhante, *vide* P. Távora VÍTOR, "Os novos regimes", 135.

2182.º, n.º 1, CCiv) ¹²⁰, cuja prática espelha o direito de autodeterminação da pessoa a nível patrimonial e pessoal, exige uma capacidade especial, diversa da dos negócios jurídicos em geral. Uma capacidade natural de querer e entender os efeitos a nível patrimonial e a nível pessoal que o testamento produz enquanto acto ao serviço do direito de propriedade do seu autor, mas também ao serviço da sua própria personalidade (artigo 2179.º, n.ºs 1 e 2, CCiv) ¹²¹.

Importa então averiguar qual a capacidade exigida para a sua prática. A regra que a lei enuncia quanto à capacidade testamentária activa é a de que podem fazer testamento todas as pessoas que a lei não declare incapazes para o efeito (artigo 2188.º CCiv). Assim, a capacidade é a regra e a incapacidade é a excepção ¹²².

No regime anterior eram considerados incapazes para testar os menores não emancipados e os interditos por anomalia psíquica. Limitava-se em absoluto o direito de testar a estas duas categorias de pessoas. Não se aproveitando em relação a elas qualquer capacidade para querer e entender os efeitos do testamento.

O novo Regime do Maior Acompanhado, procurando prosseguir os novos valores e princípios em que se fundam os sistemas de protecção e promoção das pessoas maiores com capacidade diminuída, tenta preservar a capacidade de exercício destas pessoas no âmbito do exercício dos direitos pessoais ¹²³ e, em consequência, revogou a norma que estabelecia a incapacidade para testar dos interditos por anomalia psíquica.

¹²⁰ Cf. R. Capelo de SOUSA, *Lições*, 168-169.

¹²¹ Cf. R. Capelo de SOUSA, *Lições*, 166-167. Referindo-se a este propósito ao conteúdo atípico do testamento, *vide* F. M. Pereira COELHO, *Direito das Sucessões*, 329-330.

¹²² Cf. R. Capelo de SOUSA, *Lições*, 172.

¹²³ Cf. P. Távora VÍTOR, “Os novos regimes”, 135.

Na verdade, tal resposta da lei ao problema do exercício do direito de testar por parte de pessoas maiores com capacidade diminuída não se revelava uma solução conforme aos novos valores e princípios em que o novo regime assenta ¹²⁴, designadamente o respeito pela autonomia da pessoa e pelo seu consequente direito de autodeterminação a nível patrimonial e pessoal.

A lei determina agora como incapazes de testar os menores não emancipados e os maiores acompanhados relativamente aos quais a sentença de acompanhamento tenha determinado tal incapacidade (artigo 2189.º, *a*) e *b*), CCiv). Trata-se de uma incapacidade de agir e não de uma incapacidade jurídica. Deste modo se admite que a ordem jurídica não pode deixar de reconhecer a toda e a qualquer pessoa a titularidade do direito a testar. Não era este o regime do sistema tradicional das incapacidades em que a incapacidade para testar figurava como incapacidade jurídica ¹²⁵.

De acordo com o novo Regime do Maior Acompanhado, a lei pode limitar o exercício desse direito à concreta inexistência de uma certa aptidão ou habilidade de uma pessoa para determinar os seus interesses patrimoniais e pessoais. Todavia, no caso das pessoas maiores com capacidade diminuída, apenas o pode fazer através de uma decisão judicial que decreta a medida de acompanhamento. A restrição do direito de testar fica, deste modo, reservada para “os casos mais graves” ¹²⁶.

Também em matéria de liberdade para testar se compreendem bem as reservas à restrição do direito correspondente e a exigência de que tal restrição seja decidida por uma sentença judicial. Com efeito, como já se disse para a limitação do

¹²⁴ Cf. a anotação ao artigo 2189.º *b*) do Anteprojecto de Reforma, em anexo a A. Menezes CORDEIRO, *Da situação jurídica*, 141.

¹²⁵ Cf. Pires de LIMA; Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, VI, 308-309; G. OLIVEIRA, *O testamento*, 101; e R. Capelo de SOUSA, *Lições*, 172.

¹²⁶ Cf. anotação ao artigo 2189.º do Anteprojecto de Reforma, em anexo a A. Menezes CORDEIRO, *Da situação jurídica*, 141.

direito a celebrar casamento, só uma sentença judicial pode oferecer as garantias suficientes de que a restrição respeitará o princípio da proporcionalidade em sentido amplo.

No entanto, formulam-se também neste caso as mesmas dúvidas a respeito da actualidade do juízo de apreciação da incapacidade que resulte da sentença que venha a decretar o acompanhamento. Na verdade, sustenta-se igualmente que tal juízo de limitação do direito a testar deva ser temporalmente o mais próximo do momento da elaboração do testamento e que deva atender às circunstâncias singulares de cada caso e dos interesses pessoais e patrimoniais de cada pessoa em concreto.

Entende-se que o legislador poderia ter ponderado uma outra solução. Com efeito, a avaliação da capacidade para testar do maior acompanhado poderia ser feita em sede própria para a prática do acto ¹²⁷, ou seja, tal apreciação poderia ficar a caber ao notário, sem prejuízo da decisão tomada quanto à capacidade para elaborar testamento poder ser objecto de controlo judicial.

4.3. O direito a perfilhar

A perfilhação é o acto pelo qual se dá, por via de regra, o reconhecimento jurídico da paternidade fora do casamento. Trata-se de uma declaração de um determinado homem no sentido de expressar a sua convicção de que é pai de um determinado filho ¹²⁸. Pode caracterizar-se como um acto pessoal¹²⁹ pelo que coloca especiais problemas quanto à definição da capacidade para a sua prática. Na verdade, é necessário avaliar se o perfilhante está em “condições para

¹²⁷ Neste sentido, *vide* P. Távora VÍTOR, “Os novos regimes”, 135-136.

¹²⁸ Cf. G. OLIVEIRA, *Estabelecimento*, 140-141.

¹²⁹ Cf. G. OLIVEIRA, *Estabelecimento*, 143.

formular um juízo ponderado sobre a autoria da perfilhação”¹³⁰.

No que respeita à capacidade para perfilhar parece a Reforma não ter seguido o princípio geral de que o exercício pelo maior acompanhado de direitos pessoais é livre (artigo 147.º do CCiv). Não reproduziu a Reforma no artigo 1850.º do Código Civil a ideia de que a capacidade de exercício para a prática destes actos é a regra, sendo as restrições excepcionais e determinadas pela decisão judicial que determinou a aplicação da medida de acompanhamento. Na verdade, a redação da norma — “têm capacidade para perfilhar (...) se não forem maiores acompanhados com restrições ao exercício de direitos pessoais” — parece não quadrar bem com o espírito e com os princípios do novo Regime do Maior Acompanhado bem como com as suas fontes já referidas. Parece que tal expressão não se adequa à liberdade para a prática de actos que se traduzam no exercício de direitos pessoais fundamentais¹³¹, como é o caso do direito a perfilhar.

Em face da anotação do Anteprojecto de Reforma ao artigo 1850.º, em que se afirma que uma vez mais se “afflora aqui a manutenção da capacidade de exercício de direitos pessoais por parte do maior acompanhado, salvo decisão judicial”, crê-se não ter sido propósito do legislador infirmar as suas opções fundamentais nesta matéria. Entende-se que o legislador não visou aqui contrariar o princípio da capacidade de agir das pessoas maiores com capacidade diminuída e a excepcionalidade das restrições ao exercício dos seus direitos pessoais sempre sujeitas a decisão judicial. Assim, sustenta-se ser de interpretar restritivamente a norma em questão em face

¹³⁰ Cf. G. OLIVEIRA, *Estabelecimento*, 161.

¹³¹ O direito a perfilhar enquanto direito a estabelecer as correspondentes relações de filiação pode enquadrar-se no direito a constituir família constitucionalmente consagrado. Cf. F. M. Pereira COELHO / G. OLIVEIRA, *Curso*, Vol. I, 137-138.

dos valores e dos princípios estruturantes do novo sistema ¹³².

Volta a referir-se a preferência por uma solução que se pautasse pela actualidade da avaliação da capacidade natural para querer e entender os efeitos da perfilhação no momento da prática do acto. A avaliação da capacidade para perfilhar deve ser também, segundo se entende, feita no momento da perfilhação e em face das particulares características da pessoa do perfilhante e do caso concreto.

Tal apreciação poderia ser assumida pelo Conservador do Registo Civil — perante quem é efectuada a declaração em que se consubstancia a perfilhação (artigo 1853.º, *a*), CCiv) —, pelo notário — perante quem é lavrado o testamento de cujo conteúdo conste uma perfilhação (artigo 1853.º, *b*), CCiv) ou, perante quem é lavrada a escritura pública de perfilhação (artigo 1853.º, *c*), CCiv) — ou, ainda, nos casos mais habituais, no decurso de uma acção de averiguação oficiosa, perante o Ministério Público ¹³³. Acrescenta-se a possibilidade de tal avaliação da capacidade ser sujeita a homologação judicial.

5. Conclusão

No que respeita à capacidade das pessoas maiores com capacidade diminuída para celebrar casamento, fazer testamento e perfilhar, julga-se que o Regime do Maior Acompanhado procurou ajustar-se a uma transformação dos valores e dos princípios jurídicos, nacionais e internacionais, que passaram a constituir as traves mestras dos sistemas de protecção e promoção dos direitos daquelas pessoas. Com efeito, procurou adequar o regime jurídico que regula estas matérias às novas exigências que o respeito de tais valores e princípios impõem.

¹³² Neste sentido, *vide* P. Távora VÍTOR, “Os novos regimes”, 135.

¹³³ Cf. G. OLIVEIRA, *Estabelecimento*, 151-152.

Em primeiro lugar, cumpre realçar a abolição da categoria da incapacidade jurídica. O legislador, ao romper com a diferença tradicional entre capacidade jurídica e capacidade de agir, justamente quanto aos actos de celebrar casamento, testar e perfilhar, veio reconhecer a todas as pessoas a titularidade desses mesmos direitos pessoais. Por conseguinte, deixou de negar às pessoas maiores com capacidade diminuída a titularidade de direitos essenciais à própria ideia de pessoa. Reconheceu-lhes de modo pleno personalidade e subjectividade jurídicas como determina o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade. Considera-se ter sido este um avanço significativo em relação ao tradicional sistema de incapacidades.

Em segundo lugar, o Regime do Maior Acompanhado veio consagrar o princípio da capacidade de agir relativamente aos actos pessoais, prevendo como excepcionais as situações de incapacidade. Deste modo, as pessoas maiores com capacidade diminuída são, em princípio, capazes de celebrar casamento, de fazer testamento e de perfilhar. Só assim não será nos “casos mais graves”. Quer isto dizer, nos casos em que a sentença que decretar o acompanhamento determinar que falta ao maior acompanhado a capacidade natural para querer e entender os efeitos de um ou de todos esses actos.

Em terceiro lugar, o novo regime mostrou ter compreendido bem a importância das restrições à capacidade — designadamente quando em causa estejam direitos fundamentais — e o carácter imperioso de uma justificação que cumpra os critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Por essa razão, o legislador delegou no julgador a produção desse juízo.

Cumpre igualmente dizer que nem todo o caminho está feito e que algumas soluções do Regime do Maior Acompanhado não se coadunam com os valores e princípios que servem de fundamento aos sistemas de protecção e promoção dos direitos das pessoas com capacidade diminuída no estado actual da nossa civilização.

Em primeiro lugar, nalguns casos ainda se remete para a lei a formulação do juízo de (in)capacidade do maior acompanhado para a prática de determinados actos. Pense-se nos casos dos actos pessoais e actos da vida corrente cujo regime consta do artigo 147.º do Código Civil. Como já ficou exposto, julga-se não ser esta a solução mais ajustada à ideia de preservação, em matéria de direitos pessoais, da capacidade (de exercício) existente. Na verdade, o juízo do legislador apenas pode ser um juízo abstracto e apriorístico que não tem em consideração a pessoa concreta do maior acompanhado nem as suas específicas circunstâncias.

Em segundo lugar, a solução de transferir o juízo sobre a apreciação da (in)capacidade do maior acompanhado para a sentença de acompanhamento, embora compreensível, também não se concilia com uma das finalidades da Reforma: promover a autodeterminação da pessoa maior com capacidade diminuída. Com efeito, a decisão judicial que decretar o acompanhamento, ao restringir o exercício de um direito pessoal, formulará também um juízo apriorístico e não um juízo concreto e actual, atendendo às singularidades de cada caso. Tendo em vista acautelar os inconvenientes de tal solução, avançou-se com a proposta de que a realização de actos pessoais ficasse dependente da autorização de uma autoridade oficial que se pronunciará no momento da prática do acto, aventando-se a possibilidade de tal autorização ser sujeita a controlo judicial.

Estes avanços e “recuos” do Regime do Maior Acompanhado reflectem-se no específico regime do direito a celebrar casamento, do direito a testar e do direito a perfilhar. Assim, espera-se que tal regime venha a ser modificado nos aspectos assinalados, de molde a tornar efectivos os valores e os princípios jurídicos, que devem informar, no nosso estado civilizacional, os sistemas de protecção e promoção dos direitos das pessoas maiores com capacidade diminuída.

Bibliografia

- ALVES, Raúl Guichard — “Alguns aspectos do regime da interdição”. *Direito e Justiça*. 9/ 2 (1995) 131-168.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de — *Teoria Geral da Relação Jurídica: Vol. II: Facto jurídico, em especial negócio jurídico*. reimpr. Coimbra: Almedina, 1992.
- *Teoria Geral da Relação Jurídica: Vol. I: Sujeitos e Objecto*. reimpr. Coimbra: Almedina, 1997.
- ASCENSÃO, José de Oliveira — *Teoria Geral do Direito civil: Vol. I: Introdução. As pessoas. Os bens*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- BARBOSA, Mafalda Miranda — *Maiores acompanhados: Primeiras notas depois da aprovação da Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto*. Coimbra: Gestlegal, 2018.
- BRANDON, Isabelle — “Vers un nouveau régime d’incapacité?: Les interrogations d’une juge de paix”, in *Malades mentaux et incapables majeurs: émergence d’un nouveau statut civil*. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994.
- CANARIS, Claus-Wilhelm — “Verstöße gegen das Verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadenersatzrecht”. *Juristen Zeitung* (1987) 994-1004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes — *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- / MOREIRA, Vital — *Constituição da República Portuguesa anotada: Vol. I*. 4.^a ed. rev., reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- CARVALHO, Orlando de — *Os direitos do Homem no Direito civil português*. Coimbra: Ed. do A., 1973.
- CARVALHO, Orlando de — *Teoria geral do Direito civil: Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2.º ano (1.ª turma) do curso jurídico de 1980/81*. Coimbra, Centelha, 1981.

- COELHO, Francisco Manuel Pereira — *Direito das sucessões*. [polic.] Coimbra [s. n.], 1992.
- COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de — *Curso de Direito da família: Vol. I. Introdução. Direito Matrimonial*. 4.^a ed. colab. Rui Moura Ramos. Coimbra: Coimbra Editora, 2016.
- CORDEIRO, A. Menezes — *Da situação jurídica do maior acompanhado: Estudo de política legislativa relativo a uma regime das denominadas incapacidades dos maiores*.
- DE CUPIS, Adriano — “Persona física (diritto vigente)”. In *Novissimo Digesto Italiano, vol.: XII*. Torino: Unione Tipografico- Editrice Torinese, 1965.
- DEGENER, Theresia / BEGG, Andrew — “From invisible citizens to agentes of change: A short story of the struggle for the recognition of the rights of persons at the United Nations”. In FINA, V. D. / CERA R. / PALMISANO, G., ed. — *The United Convention on the rights of people with disabilities: A commentary*. Cham: Springer, 2017. 1-39.
- DI FABIO, Udo — “GG Art. 2 Abs. 1”. In MAUNZ, Theodor / DÜRIG, Günter — *Grundgesetz Kommentar*. 82. Aufl. München: C. H. Beck, 2018. Rn. 1-18. Disponível em: <<https://beck-online.beck.de/>>.
- DÍEZ PICAZO, Luis / GULLÓN, Antonio — *Instituciones de Derecho Civil: vol. I/1. Introducción. Parte general. Derecho de la persona*. 2.^a ed. Madrid: Tecnos, 1998.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho — *Teoria Geral do Direito Civil. Vol. I: Introdução. Presupostos da Relação Jurídica*, 5.^a ed. rev. e actual. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2009.
- FINA, V. Della — “Article 23: Respect from the home and the family”. In V. D. FINA / R. G. CERA PALMISANO, ed. — *The United Convention on the rights of people with disabilities: A commentary*. Cham: Springer, 2017. 416-438.
- FINEMAN, Martha Albertson — “Cracking the foundational myths: Independence, autonomy and self-sufficiency”. *Journal of Gender, Social Policy & the Law*. 8 (2000) 13-29.
- *The autonomy myth: A theory of dependency*. New York; London: The New Press, 2004.
- FINEMAN, Martha Albertson — “The vulnerable subject: Anchoring equality in the human condition”. *Yale Journal of Law & Feminism*. 20/1 (2008) 1-23.

- GIORGIANNI, Michele — “In tema di capacità del minore di età”. *Rassegna di Diritto Civile*, (1) 1987 103 e ss.
- GOMES, Joaquim Correia — “Constitucionalismo, deficiência mental e discapacidade: um apelo aos direitos”. *Julgar* 29 (2016) 119151.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha — *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1929.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald — *A parte geral do Código Civil Português*. reimpr., Coimbra: Almedina, 2000
- KEYS, M. — “Article 12”, “Article 12: Equal recognition before the Law”. In V. D. FINA / R. CERA / G. PALMISANO, ed., *The United Convention on the rights of people with disabilities: A commentary*. Cham: Springer. 263-279.
- LIMA, Pires de / VARELA, Antunes — *Código Civil Anotado*. Vol. VI. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- LOUREIRO, João Carlos Gonçalves — “O direito à identidade genética do ser humano”. In AAVV — *Portugal-Brasil Ano 2000*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. 263-389.
- MENDES, João Castro de — *Teoria geral do Direito Civil, Vol. I*. Lisboa: AAFDL, 1978.
- MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui — *Constituição Portuguesa Anotada: Vol. I. Preâmbulo. Princípios fundamentais. Direitos e deveres fundamentais*. 2.^a ed. rev. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2017.
- MONTEIRO, A. Pinto — “O Código Civil Português entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro”. *Revista de Legislação e Jurisprudência* 146/4002 (2017) 148-155.
- “Das incapacidades ao maior acompanhado. Breve apresentação da Lei n.º. 49/2018”. *Revista de Legislação e Jurisprudência* 148/4013 (2018) 72-84.
- NETO, Luísa — “Vulnerabilidade e capacidade de gozo e exercício de direitos à luz do direito ao livre desenvolvimento da personalidade constitucionalmente previsto”. In L. NETO / A. Costa LEÃO — *Autonomia e capacitação: Os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*. Porto: Universidade do Porto, 2018. 89-99.
- NEVES, A. Castanheira — “Justiça e Direito”. *Boletim da Faculdade de Direito*. 51 (1975) 205-269.

- NEVES, A. Castanheira — *A revolução e o Direito: A situação de crise e o sentido do Direito no actual processo revolucionário*. Separata da Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1976.
- OLIVEIRA, Guilherme — *Estabelecimento da filiação*. Lisboa: Petrony, 2019.
- “O testamento: apontamentos”. In *Temas de Direito da Família*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- PINHEIRO, Jorge Duarte — “As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres. Incapacidades e suprimento: a visão do jurista”. *O Direito* 142/ 3 (2010) 465-480.
- *O Direito da família contemporâneo*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- PINTO, Carlos Alberto Mota — *Teoria geral do Direito Civil*. 4.^a ed. por António Pinto MONTEIRO / Paulo Mota PINTO. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- PINTO, Paulo Mota — “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”. In AAVV — *Portugal-Brasil Ano 2000*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. 149-246.
- RIBEIRO, G. Rocha, *A protecção do incapaz adulto no Direito português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa — “Os direitos de personalidade como direitos fundamentais”. In Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA / Benedita Mac CRORE, coord. — *Pessoa, direito e direitos: colóquios 2014/2015*. Braga: Direitos Humanos — Centro de Investigação, 2016. 253-274.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de — *Teoria geral Direito civil: Vol. I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- *Lições de Direito das Sucessões. Vol. I*. 4.^a ed. renovada. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- STANZIONE, Pasquale — *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*. Camerino — Napoli: Jovene Editore, 1975.
- VÍTOR, P. Távora — “Os novos regimes de protecção das pessoas com capacidade diminuída”. In L. NETO / A. Costa LEÃO — *Autonomia e capacitação: Os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*. Porto: Universidade do Porto, 2018. 125-145.
- *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

VÍTOR, P. Távora / 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.centrodedireitodafamilia.org/projectos-de-investiga%C3%A7%C3%A3o-de-2017>>.

WOLF, Manfred / NEUNER, Jörg — *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11., voll. neu bearb. Aufl. des von Karl Larenz begründeten Werkes. München: C. H. Beck, 2016.

O INSTITUTO DO MAIOR ACOMPANHADO À LUZ DA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

GERALDO ROCHA RIBEIRO

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

I. Intróito

O presente artigo corresponde ao desenvolvimento das ideias apresentadas no Colóquio denominado «O Novo Regime do Maior Acompanhado», realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 13 de Dezembro de 2018.

Com este trabalho pretende-se lançar a discussão sobre alguns dos aspectos da revisão do regime das incapacidades

do Código Civil para um sistema de salvaguarda de interesses da pessoa maior, a que o legislador designou de maior acompanhado.

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

Já tivemos oportunidade de trabalhar nestas matérias. Foi, aliás, este o objecto da minha dissertação de mestrado enquadrada na linha de investigação do Centro de Direito da Família⁽¹⁾. Onde se incluem ainda os trabalhos de Paula Távora Vítor ⁽²⁾ o que, por solicitação do Ministério da Justiça, levou à elaboração de um estudo e proposta de revisão do Código Civil com vista a um novo sistema de salvaguarda dos direitos e interesses das pessoas maiores⁽³⁾.

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

Convido, por isso, o leitor a fazer um retrospectiva dos antecedentes à aprovação da actual lei, nomeadamente o Projeto de Lei n.º 61/XIII/1.^a (PSD e CDS-PP) — «66.^a Alteração ao Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47

¹ *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

² De destacar a dissertação de Mestrado: *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

³ Paula Távora Vítor / Geraldo Rocha RIBEIRO. Proposta de Lei sobre a Condição Jurídica das Pessoas Maiores em Situação de Incapacidade. Revisão do Código Civil, Centro de Direito da Família, 17 de janeiro de 2017, in <<http://www.centrodedireitodafamilia.org>> [em linha] acedido em 1 de Fevereiro de 2019.

344, de 25 de Novembro de 1966, modificando o regime das incapacidades e seu suprimento, e adequação de um conjunto de legislação avulsa a este novo regime» ⁽⁴⁾ e que espoletou o pedido do Ministério da Justiça ao Centro de Direito da Família para elaboração de um projecto alternativo, condicente com o espírito e direitos consagrados na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com deficiência.

Foi na sequência deste projecto do Centro de Direito da Família que foi elaborado o Estudo Legislativo designado de «Da situação do maior acompanhado — estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores» e, após consultas públicas, que foi apreciado e aprovado o projecto de lei e conseqüente Lei n.º 49/2018, 14-08 ⁽⁵⁾.

Como sùmula da principais alterações operadas ao sistema servimo-nos do denominado «Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores» que acentua as seguintes notas: adopção de um modelo monista, material e de conformação judicial; «abertura» ao maior acompanhado, salvo decisão expressa do juiz contrário, de diversos actos pessoais, processo de matriz predominantemente de «jurisdição voluntária»; e, em termos de técnica legislativa, a adoção de um modelo não regulamentar ⁽⁶⁾. Por último, é feita pelos autores do estudo acima mencionado uma referência expressa ao instituto alemão da *Betreuung* como modelo em que se baseou o regime português do maior acompanhado e que,

⁴ Será pertinente ver, entre outras, a nossa intervenção e de Paula Távora Vítor na Assembleia da República a respeito da discussão pública.

⁵ Para remissão para estes consulte-se o e-book do CEJ [em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. [Consultado em 15 de Fevereiro de 2019].

⁶ «Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores» [em linha] disponível no sítio. p. 104.

por isso, servirá, quando pertinente, de bordão interpretativo à solução legal adoptada.

É, aliás, a referência a este exemplo alemão que trataremos autonomamente para revelar os escolhos do modelo adoptado e as dificuldades que este encerra em termos de compatibilidade com a Convenção de Nova Iorque sobre os direitos das pessoas com deficiência (de ora em diante designada por Convenção) (7). Perante a multiplicidade de fontes constitucionais, internacionais (desde logo a Convenção Europeia dos Direitos Humanos) e legais, devemos ter em consideração o entrecruzar e a valoração harmoniosa dos direitos e interesses da pessoa maior no desenho e aplicação do novo paradigma da sua protecção. Existe uma teia axiológica-normativa que dinamicamente impele as múltiplas ordens jurídicas e suas garantias e instituições a uma construção conforme com os direitos da pessoa maior e à qual o próprio regime da *Betreuung* não tem sido alheio.

O novo regime do Código Civil é a realização infraconstitucional das liberdades e direitos das pessoas com deficiência, aqui designadas como beneficiárias e, enquanto tal, deve ser visto como um sistema garantístico daquelas posições jurídicas. Desde logo e por referência ao artigo 12.º, n.º3 da Convenção, este sistema assenta nos princípios não discriminação, autodeterminação, subsidiariedade e proporcionalidade (elencados no artigo 3.º da Convenção⁸),

⁷ A Convenção foi aprovada pela Resolução da Assembleia da República nº 56/2009, 30-07 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 71/2009, 30-07. Portugal aderiu ainda ao Protocolo Opcional à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adoptado em Nova Iorque em 30 de Março de 2007, aprovado Resolução da Assembleia da República nº 57/2009, 30-07 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República nº 72/2009, 30-07.

⁸ Devem ainda ser tidos em consideração os princípios elencados no artigo 3.º da Convenção: Respeito pela dignidade inerente, autonomia individual, incluindo a liberdade de fazerem as suas próprias escolhas, e independência das pessoas, não discriminação, participação e inclusão plena e efectiva na sociedade, respeito pela diferença e aceitação das pessoas com

o que impõe uma intervenção que tutele o beneficiário dos riscos de heterodeterminação de interesses, relações de subordinação e conflitos de interesses (em especial na relação com o cuidador designado como acompanhante) e que o defenda face a intervenções abusivas e arbitrárias do Estado.

II. Relevância da Convenção quanto ao modelo de salvaguarda dos direitos e interesses da pessoa maior

A condição social da deficiência não pode em momento algum colocar em causa a autodeterminação de interesses da pessoa com deficiência. O que é relevante quanto os direitos consagrados na Convenção, em especial o artigo 12.º da Convenção, é que estes não carecem de qualquer acto de mediação para a sua plena eficácia na ordem jurídica dos Estados contratantes. A natureza *self-executing* (efeito directo) destes direitos reforça a condição das pessoas com deficiência independentemente das diferentes perspectivas jurídicas ao pressupor a garantia de igualdade de todos perante a lei, logo de uma igual aptidão potencial⁹). No entanto não se basta com o mero reconhecimento potencial, antes pressupõe, a dotação de meios para que seja o próprio interessado a agir e não para ser arredado do processo de decisão sobre a sua esfera de interesses. Não basta o mero reconhecimento estático de capacidade jurídica de gozo, é também necessário o reconhecimento de capacidade de agir (ou de exercício de direitos), artigo 12.º, n.ºs

deficiência como parte da diversidade humana e humanidade, igualdade de oportunidade, acessibilidade, igualdade entre homens e mulheres, respeito pelas características de desenvolvimento das crianças com deficiência a preservarem as suas identidades.

⁹ Valentin AICHELE / Jochen VON BERNSTORFF. „Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht: Zur Auslegung von Art. 12 der Un-Behindertenrechtskonvention. BtPrax — Betreuungsrechtliche Praxis“, 19/5 (2010) 199-203, p. 201.

2, 3 e 4 da Convenção⁽¹⁰⁾.

O conceito de deficiência é perspectivada em termos sociais, ou seja, resulta da relação entre as limitações da pessoa no contexto de interacção social (“...em conjugação com os factores do meio, lhe limitar ou dificultar a actividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas”, artigo 2.º da Lei n.º 38/2004, 18-08, Regime Jurídico da Prevenção, Habilitação, Reabilitação e Participação da Pessoa com Deficiência). O pleno reconhecimento de igualdade das pessoas com deficiência implica um núcleo reforçado de garantias e direitos contra abusos praticados⁽¹¹⁾. E, como veremos, parte de um paradigma assente na reabilitação e autonomia pessoal⁽¹²⁾.

A mera consagração do princípio da igualdade e reconhecimento de capacidade legal não é suficiente para dissipar as dúvidas e controvérsia sobre a necessidade e limites dos meios de suprimento, nomeadamente a intervenção de terceiros. A questão que se coloca é se serão admitidas, à luz da Convenção, modelos de protecção fundados nos institutos

¹⁰ Valentin AICHELE / Jochen VON BERNSTORFF. „Das Menschenrecht“, 199-203, p. 201.

¹¹ Neste sentido, ainda que há luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, vejam-se os acórdãos *Shtukaturov c. Rússia* e *Stanev c. Bulgária*. Ver ainda Klaus LACHWITZ. „Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderung. BtPrax — Betreuungsrechtliche Praxis“, 17/4: 143-48, p. 146; Michael L. PERLM. “Striking for the Guardians and Protectors of the Mind: The Convention on the Rights of Persons with Mental Disabilities and the Future of Guardianship Law”. *Penn State Law Review*, 117/1 (2012) 1159-90, p. 1169; Sheila WILDEMAN. “Protecting Rights and Building Capacities: Challenges to Global Mental Health Policy in Light of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”. *Journal of Law, Medicine & Ethics* 41/1 (Spring 2013) 48-73, p. 53.

¹² Antonio JIMÉNEZ LARA. “Conceptos y Tipologías De La Discapacidad. Documentos y Normativas de Clasificación más Relevantes”. in Rafael de LORENZO / Luis Cayo PÉREZ BUENO, org., *Tratado sobre Discapacidad*. Pamplona: Aranzadi, 177-205, p. 190.

tradicionais da representação legal como a tutela? Basta ver que, a título de curiosidade, o Canadá formulou uma reserva ao artigo 12.º sobre o sentido do reconhecimento de capacidade legal e recurso às medidas de suprimento de incapacidade, ressaltando a sua legitimidade e fundamento legal ⁽¹³⁾. No entanto, a vinculação da intervenção de protecção ao princípio da igualdade e proporcionalidade convoca a necessidade de instrumentos adequados às necessidades e interesses da pessoa com deficiência. Logo, não se podem desconvocar modelos de protecção fundados na representação para pessoas totalmente inaptas a governar e exercerem a sua esfera de interesses. O que se impõe é que tal só seja necessário e possível perante os casos de absoluta inaptidão da pessoa, mas sempre com a salvaguarda de que qualquer intervenção tem que assegurar e promover a autodeterminação de interesses. O foco de tensão entre autonomia e protecção é transportado para um abordagem dinâmica e predominantemente casuística, o que traz consigo a necessidade de garantias procedimentais a favor da pessoa com deficiência ⁽¹⁴⁾.

Entre elas conta-se a garantia de acesso à justiça para obtenção de um tutela jurisdicional efectiva (artigos 13.º e 19.º da Constituição e artigo 6.º, n.º1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos ⁽¹⁵⁾). Isto pressupõe que a pessoa tenha legitimidade para recorrer aos tribunais para o exercício e defesa dos seus direitos, nomeadamente a sua

¹³ Nandini DEVI / Jerome BICKENBACH / Gerold STUCKI. "Moving towards substituted or supported decision-making? Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *European Journal of Disability Research* 5 (2011) 249-64, p. 251.

¹⁴ Neste sentido ver Volker LIPP. „Betreuungsrecht und Un-Behinderetenrechtskonvention“. *FamRZ* 59/2512 (2012) 669-79, p. 676.

¹⁵ De ora em diante designada CEDH.

capacidade judiciária (16). Mesmo quando sejam chamados

¹⁶ O Tribunal Europeu dos Direitos Homem, de ora em diante TEDH, no Caso *Goldier c. Reino Unido*, req. n.º 4451/70, §36: «... article 6 para. 1 (art. 6-1) secures to everyone the right to have any claim relating to his civil rights and obligations brought before a court or tribunal». Aliás no caso *Stanev c. Bulgária*, o Tribunal Europeu deixa claro que ao beneficiário deve ser assegurada legitimidade processual activa para desafiar judicial a medida, enquanto direito a um processo equitativo. Ver ainda o caso *Plesó c. Hungria*, req. n.º 41242/08, que cita directamente a Convenção das Nações Unidas, bem como o princípio n.º 16 dos Princípios para a protecção das pessoas com doença mental e para o melhoramento dos cuidados de saúde mental, adoptados pela Resolução n.º 46/119 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 17 de Dezembro de 1991. Transcrevendo:

«1. Uma pessoa só pode ingressar involuntariamente numa instituição de saúde mental como paciente, ou, tendo já ingressado voluntariamente como paciente, só pode ser retida como paciente involuntária se, e apenas se, um profissional de saúde mental.

Qualificado autorizado por lei para esse efeito determinar, em conformidade com o Princípio 4, que essa pessoa tem uma doença mental e considerar:

- a) Que, devido a essa doença mental, existe séria probabilidade de dano imediato ou iminente para essa pessoa ou para terceiros; ou
- b) Que, no caso de uma pessoa cuja doença mental seja grave e cuja capacidade de discernimento esteja diminuída, o não ingresso ou a não retenção dessa pessoa seja suscetível de levar a uma grave deterioração do seu estado ou impeça a prestação de tratamento adequado que só possa ser assegurado mediante o ingresso numa instituição de saúde mental em conformidade com o princípio da alternativa menos restritiva.

No caso referido na alínea b), deverá ser consultado, sempre que possível, um segundo profissional de saúde mental, independente do primeiro. Se tal consulta tiver lugar, o ingresso involuntário ou a retenção involuntária não podem ocorrer a menos que o segundo profissional de saúde mental concorde.

2. Inicialmente, as medidas de ingresso involuntário ou retenção involuntária serão tomadas por um período curto definido no direito interno para fins de observação e tratamento preliminar, enquanto se aguarda a decisão do organismo de revisão sobre a medida de ingresso ou retenção. Os motivos do ingresso ou da retenção serão comunicados ao paciente sem demora e a ocorrência

à liça o superior interesse objectivo da pessoa para justificar limitações à capacidade para gestão de assuntos da esfera pessoal e/ou patrimonial. A bem-intencionada defesa dos interesses objectivos da pessoa colidem com a sua autonomia, logo com a sua dignidade, pelo que se impõe a garantia de acesso aos tribunais e de uma tutela efectiva dos direitos e interesses da pessoa (17). Não pode ocorrer uma bifurcação entre a protecção substantiva e a protecção adjectiva (18).

Tal convoca especiais cautelas interpretativas do artigo 138º do Código Civil (19).

do ingresso ou da retenção e os motivos que a justificam serão também comunicados rapidamente e em detalhe ao organismo de revisão, ao representante pessoal do paciente, se existente, e, a menos que o paciente se oponha, à família do paciente.

3. Uma instituição de saúde mental apenas poderá receber pacientes involuntários caso tenha sido designada para o fazer por uma autoridade competente prescrita pela legislação interna.»

¹⁷ O TEDH tem determinado que o acesso aos tribunais, direito consagrado no artigo 6.º, n.º 1 CEDH, implica que quaisquer limitações à capacidade não podem afectar a capacidade e legitimidade da pessoa, *objecto* da protecção, reagir contra as mesmas. Assim se pronunciou o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no caso *Winterwerp c. Países Baixos*, n.º 6301/73, §75: “Whatever the justification for depriving a person of un-sound mind of the capacity to administer his property, the guarantees laid down in Article 6 para. 1 (art. 6-1) must nevertheless be respected. While, as has been indicated above in connection with Article 5 para. 4 (art. 5-4) (see paragraphs 60 and 63), mental illness may render legitimate certain limitations upon the exercise of the “right to a court”, it cannot warrant the total absence of that right as embodied in Article 6 para. 1 (art. 6-1)”.

¹⁸ Stephanie ORTOLEVA. “Inaccessible Justice: Human Rights, Persons with Disabilities and the Legal System”. *The ILSA Journal of International & Comparative Law* 17/2 (2011) 281-320, p. 284-285.

¹⁹ Cautelas que não são assumidas por alguma doutrina que, inexplicavelmente, não logra alcançar o substracto axiológico-normativo da reforma e a função garantística dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência. Aliás, a consideração de que o anterior regime oferecia *flexibilidade* demonstra incompreensão, bem como desconhecimento de alguma

Numa leitura perfunctória, o alargamento produzido pela utilização dos conceitos deficiência, doença e comportamento permite concluir que nestes encontramos as causas previamente previstas pelos institutos da interdição e inabilitação. É o que sucede com os conceitos de anomalia psíquica, surdez, mudez, cegueira e, quanto aos comportamentos, aqueles que são aditivos e que estavam previstos para a inabilitação (artigo 152.º na anterior versão do Código Civil). Ao contrário do que sucedia até aqui, encontramos novos conceitos despidos da construção dogmática e jurisprudência que na sua etimologia e semântica extravasam as comportas definidas quanto ao anterior regime, isto é, permitem um alargamento dos pressupostos constitutivos do acompanhamento.

O alargamento do campo subjectivo dos possíveis beneficiários do acompanhamento, muito além do prescrito nos artigos 138.º e 152.º na anterior versão do Código Civil, não altera a matriz funcional do novo instituto: salvaguarda e inclusão dos direitos e interesses da pessoa com deficiência (na sua noção social). A subsidiariedade e proporcionalidade em sentido amplo são critérios de justificação do recurso da medida institucional, que parte da real vantagem da medida e do recorte à medida das necessidades do beneficiário. Em termos abstractos, os conceitos agora consagrados encerram um conteúdo que vai muito além das anteriores causas de interdição e inabilitação. Porém, tal não pode iludir o intérprete avisado de que tal plasticidade dos elementos constitutivos da medida de acompanhamento permite abrir as comportas da intervenção estadual na esfera privada e, em

doutrina no sentido de interpretar conforme a interdição e inabilitação aos direitos fundamentais da pessoas com capacidade diminuída. Por isso, dentro de um espartilho de entendimento truncado consegue admitir intervenções na esfera jurídica de pessoas maiores sem tecer qualquer linha ou consideração sobre a autodeterminação do beneficiário, respeito pela sua liberdade de consciência e direito ao livre desenvolvimento da personalidade. O que é manifestamente contrário ao espírito e direitos consagrados na Convenção e interpretação actualista dos direitos fundamentais consagrados na Constituição.

especial, na esfera jus-fundamental do beneficiário.

O ponto de partida passa pela avaliação pericial da condição da pessoa, ajuizando-se falta de condições para agir no mundo jurídico e não comportamentos avulsos ou *per se*. Ainda que a lei não se restrinja às condições psíquicas, as faltas ou limitações da capacidade de acção têm que corresponder a uma inaptidão para exercer e cumprir os seus deveres. É, pois, essencial que da condição do beneficiário resulte a exclusão ou restrição da livre formação ou formulação da vontade ou autonomia, em termos de originar a inaptidão do indivíduo para tratar da sua vida e prosseguir os seus interesses. Só mediante este juízo negativo de competência é que se poderá justificar o acompanhamento. Para isso torna-se necessário estabelecer uma correspondência entre inaptidão ou limitação com a necessidade de acautelar os interesses do beneficiário dentro do contexto social onde se insere. Por isso, quando se usa o, agora comum, chavão do *fato à medida*, tal significa uma medida personalizada e de conteúdo situacional, ou seja, ter-se-á que avaliar o meio em que vive o beneficiário, a sua personalidade, a sua situação pessoal e a sua vida relacional.

O elencar de pressupostos pretensamente objectivos e subjectivos do acompanhamento não é por isso adequado ao instituto. A medida será sempre *subjectiva* na sua fundamentação, modelação, execução e extinção, porque as limitações resultam do contexto onde o beneficiário age na relação eu-mundo. As razões de saúde, deficiência ou de comportamento do beneficiário condicionadoras da formação ou formulação da sua vontade apenas relevam por contraponto aos factores sociais e ambientais em que pessoa interage e de acordo com as suas necessidades. O impacto de uma determinada patologia ou deficiência será sempre particular atento o estado de evolução, condições particulares do beneficiário e meios de apoio disponíveis.

Pensemos, por exemplo, nos casos de esclerose lateral amiotrófica. Stephen Hawking teve acesso a meios técnicos

e mecânicos que permitiam a sua inclusão na formulação e expressão da sua vontade. Estes meios associados à prestação de cuidado material, tornavam-no numa pessoa autónoma por mitigação das barreiras físicas e sociais que condicionavam a liberdade de formulação e externalização da sua vontade. Outra pessoa, com as mesmas patologias sem acesso aos meios que estiveram ao dispor de Stephen Hawking, estaria no polo oposto, ou seja, poder-se-ia encontrar numa situação de absoluta incapacidade para formular uma qualquer vontade. Em ambos os casos a patologia seria a mesma — o chamado critério objectivo —, no entanto a situação concreta de cada um dos beneficiários demonstra um impacto diametralmente oposto no que tange à autodeterminação da esfera de interesses.

O mesmo exemplo poderia ser reportado a Christopher Reeve, que sofreu lesões na medula espinal por causa de um acidente de cavalo. Ou ainda o caso de Michael J. Fox, a quem foi diagnosticado Parkinson (doença neurológica). Destes exemplos, resulta que a condição médica, o critério objectivo, é susceptível de ser ultrapassado ou mitigado se estiverem ou forem disponibilizados meios de superar as barreiras sociais resultantes da condição médica e funcional que padece o beneficiário.

A falta de alcance do impacto da mudança de paradigma é centrar a discussão na análise das qualidades do beneficiário quanto ao governo da sua esfera de interesses, quer numa perspectiva estática, quer numa perspectiva dinâmica. Demonstrativo disso é que, independentemente da expressa previsão legal, a prevalência da autodeterminação do beneficiário incorpora um núcleo irreduzível do novo regime⁽²⁰⁾. Não

²⁰ Neste sentido a §1896 (1a) BGB introduzida com a segunda revisão da lei alemã, e consequentemente o BGB (2. *Betreuungsrechtsänderungsgesetz* (2. BtÄndG), 1-7-2005. Na sequência da decisão do *Oberlandsgericht* da Baviera esta alteração torna incontornável o consentimento ou o seu suprimimento como pressuposto *sine qua non* para a constituição da *Betreuung*. Contudo, não basta o mero consentimento para justificar a constituição da medida se

pode existir nenhuma medida decretada contra a vontade de um beneficiário que seja capaz de se autodeterminar ⁽²¹⁾. A construção adoptada no artigo 141.º, n.º 1 e 2 deixa antever parte do impacto que se consagra à autodeterminação do beneficiário. A legitimidade primeira é a deste. Só com a sua autorização ou com o suprimento daquele é que se encontram verificados os pressupostos para o prosseguimento do processo.

não se verificar uma situação de necessidade, quer quanto à verificação da condição subjectiva do beneficiário, quem a necessidade da medida apresentar «reais vantagens para este e se fundar em motivos legítimos» (formulação retirada da proposta do Centro de Direito da Família do artigo 139.º). Para o direito alemão, ver Dieter SCHWAB, (MüKoBGB/Schwab, 7. Aufl. (beck-online.beck.de) 2017, BGB § 1896 Rn. 3).

Veja-se a decisão do Tribunal Constitucional alemão (1. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 20.1.2015 – 1 BvR 665/14). Nesta, o Tribunal Constitucional alemão estabelece os limites entre as situações de comportamentos aditivos e comportamentos aditivos integrantes de problemas de saúde mental. O alcoolismo assume foros de saúde mental a partir do momento em que a dependência condiciona a liberdade de acção, toldando, desta feita, a capacidade de agir de facto (para. 31). No entanto para determinar este juízo, é necessário aferir de forma crítica a prova pericial e, fundamental, ouvir o beneficiário (para. 32). A recusa expressa deste à constituição da medida impõe um juízo qualificado de necessidade da medida que vai além da verificação dos requisitos subjectivos estatuidos na §1896 BGB (para. 35). É necessário justificar a dispensa/suprimento do consentimento do beneficiário e a constituição compulsiva da medida. Esta configura uma intervenção que coloca em causa o modelo de apoio-assistência consagrado no artigo 12.º, n.º 3 da Convenção. O mesmo deve ser transposto para a interpretação, por leitura articulada, dos artigos 138.º, 140.º, n.º 1 e 145.º, n.º 1 do Código Civil. Veja-se ainda Roland ROSENOW. *Betreuungsrechtliche Unterbringung und Zwangsbehandlung vor dem Hintergrund der UN-BRK*, BtPrax — *Betreuungsrechtliche Praxis* 2/2013: 39-44, p. 39.

²¹ Entendimento confirmado na decisão do o Oberlandesgericht da Baviera, BayObLG, Beschluss vom 25.11.1993, 3 Z BR 190 / 93, BtPrax — *Betreuungsrechtliche Praxis*. 1994, 59-61. Impressivo e actual, veja-se o BGH, decisão de 31.10.2018, XII ZB 552 / 17. A relevância da prova pericial para determinar a aptidão de formação de uma vontade livre (BGH — XII ZB 455/15, *FamRZ* (2016) 970, para. 6 e ss e BGH — XII ZB 632/12, *FamRZ* (2014), 647 para. 6 e ss.).

Não se pode por isso ignorar a referência que o legislador português elegeu. A este respeito a §1896 BGB, no aditamento do parágrafo (1a) ⁽²²⁾, torna incontornável o valor intrínseco da dignidade e autodeterminação do beneficiário enquanto pressuposto e condição de constituição e manutenção do acompanhamento ⁽²³⁾. Uma vez que está em causa a potencial restrição dos direitos fundamentais do beneficiário, os mesmos assumem uma função abrogante de qualquer interpretação restritiva que não assente na prevalência de um interesse próprio do beneficiário.

Por isso, só pode prosseguir o processo de acompanhamento se houver autorização do beneficiário ou o seu suprimento. É um pressuposto processual inultrapassável. Apesar da cumulação de pedidos expressamente admitida no artigo 141.º, n.º 2 do Código Civil ⁽²⁴⁾, a flexibilidade processual conferida ao processo especial e a natureza de jurisdição voluntária (artigo 891.º do Código de Processo Civil) deve garantir que a aferição da vontade do beneficiário é acautelada desde o primeiro momento e independentemente de resposta (artigo 896.º do Código de Processo Civil).

Destarte, o artigo 895.º do Código de Processo Civil deve ser lido de uma forma hábil. A previsão de um momento em que o juiz deve proferir despacho liminar significa que deve existir um

²² Aqui na sua versão inglesa: «(1a) A custodian may not be appointed against the free will of the person of full age» (<https://www.gesetze-im-internet.de> [em linha] acedido em 1 de Fevereiro de 2019).

²³ Volker LIPP. „Assistenzprinzip und Erwachsenenschutz — Zur Kritik des Fachausschusses zur UN-Behindertenrechtskonvention am Betreuungsrecht“. *FamRZ* (2017) 4-11, p. 9.

²⁴ De forma algo perplexa, a previsão está na lei substantiva. Compreendemos a mitigação e sobreposição entre as esferas substantivas e processuais que, perante o interesse exclusivo da medida funcionaliza o processo ao sujeito destinatário de salvaguarda de interesses permitindo a atribuição de uma feição predominante de jurisdição voluntária. Não obstante, afigura-se confuso a previsão de tal pressuposto no Código Civil.

controlo dos pressupostos de instauração do acompanhamento e direcção activa no desenho do processo aos interesses do concreto beneficiário. Nesta fase, mais do que apurar as condições subjectivas do artigo 138.º Código Civil, deverá ser tida em consideração a verificação do pressuposto do consentimento do beneficiário ou necessidade do seu suprimento, o princípio da subsidiariedade e eventual necessidade do acompanhamento. É neste momento que o juiz deve syndicar os pressupostos que legitimem a intervenção na esfera jurídica do beneficiário, nomeadamente a existência ou não de instrumentos voluntários ou situações de facto adequadas. Deve assumir uma actividade de gestão processual pró-activa centrada na identificação dos pressupostos subjectivos e, fundamental, na inventariação das necessidades do beneficiário.

Neste ponto, o Ministério Público assume especial importância enquanto figura charneira na triagem dos processos que justificam o recurso à figura de acompanhamento através dos processos administrativos por si levados a cabo. Quando não seja aquele o requerente, deve então o Tribunal em articulação com o Ministério Público, a quem cabe uma intervenção acessória, adequar o processo à pessoa a salvaguardar os interesses. Isto impõe flexibilidade na abordagem aos actos processuais pré-instrutórios a realizar. Por exemplo, deve o tribunal realizar as diligências necessárias para a produção de prova documental relevante, nomeadamente solicitar os relatórios e exames clínicos necessários ⁽²⁵⁾, bem como ordenar a produção de relatório social. Este é fundamental para compreender o impacto das condicionantes que impõe ao beneficiário e que permitem individualizar as necessidades

²⁵ Devem ser juntas pelo requerente todas as informações clínicas disponíveis sobre o beneficiário, devendo o tribunal no despacho liminar convidar para serem juntos esses elementos ou solicitar e oficiar relatório social ou perícia, desde logo cumprindo o artigo 3.º, n.º 2 Lei n.º 45/2004, 19-08 (Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses).

que este tem. Pelo que não se compreende a incompreensão do legislador no que toca à definição social de deficiência quanto à construção das regras processuais. Cabe por isso ao operadores judiciais conformarem o processo em atenção ao espírito e fins do sistema ⁽²⁶⁾.

Para existir necessidade de cuidado, é obrigatório que se determine se a pessoa quer esse cuidado. Seria absolutamente perverso permitir que, perante um tão amplo leque de possibilidades de intervenção, se discutisse a necessidade da medida sem antes determinar se a mesma é querida pelo

²⁶ Como ponto de referência sobre os actos a realizar, desde o controlo da subsidiariedade e inventariação da necessidade veja-se o artigo 896.º da proposta do Centro de Direito da Família de alteração do Código de Processo Civil:

«1. Recebido o requerimento inicial, o processo vai com vista ao Ministério Público, caso não seja o requerente, que informará o juiz da existência de mandato em previsão da incapacidade ou gestão de negócios, sem prejuízo de promover o que tiver por conveniente; sendo o Ministério Público o requerente, tais informações devem ser prestadas no requerimento inicial.

2. Se não houver motivo para o indeferimento liminar, o juiz ordena a citação do requerido para a conferência preliminar a realizar nos 30 dias imediatos e nomeia perito, caso entenda que existem indícios para a instauração de curatela.

3. O juiz pode determinar a notificação do mandatário em previsão da incapacidade ou de qualquer outra pessoa cuja presença seja relevante para o processo para comparecer na conferência preliminar.

4. A data da conferência é notificada ao requerente.

5. O juiz pode realizar as diligências necessárias para a produção de prova documental relevante, nomeadamente solicitar os relatórios e exames clínicos necessários, bem como ordenar a produção de relatório social.

6. O juiz pode dispensar a realização de exame pericial se somente for requerida a atribuição de deveres de cuidado ao curador e o requerimento for acompanhado de relatório clínico subscrito por dois médicos especialistas, nos termos do n.º 1 do artigo 899.º.».

próprio beneficiário. O querer não afasta a necessidade de intervenção compulsiva perante situações de inaptidão para formar uma vontade livre e esclarecida quanto à identificação dos seus interesses em perigo e da grave importância. No entanto tal intervenção só poderá ser válida se ultrapassar o espartilho dos pressupostos e juízo de proporcionalidade do acompanhamento. Este espartilho será tanto mais estreito quanto mais intrusivo. Desde logo, perante âmbitos de atribuição que pressupõe incapacidades de agir ou atribuição de poderes de representação ou ainda poderes de decisão quanto à fixação da residência ou internamento que pressuponha a limitação da liberdade, mais exigente será a fundamentação da decisão e a clara identificação das necessidades (verdadeira inventariação) e a adequação do âmbito de poderes-deveres a atribuir ao acompanhante.

Os «fundamentos atendíveis», do artigo 141.º, n.º 2 do Código Civil, revelam-se uma opção infeliz do legislador, em particular perante o comando constitucional do artigo 18.º, n.º 2 da Constituição. O fundamento atendível terá obrigatoriamente que se referir à falta de uma vontade livre e esclarecida, pois existindo uma vontade bastante, não é admissível a constituição do acompanhamento por violação directa da dignidade da pessoa humana, artigo 1.º da Constituição ⁽²⁷⁾. Não bastará uma vontade desconforme a norma ou convenção social ou pouco ortodoxa, antes terá que resultar de uma vontade viciada na sua formação. Viciação que resulta da condição do beneficiário e da falta ou limitação das suas faculdades cognitivas que o impedem de tomar, autónoma e responsabilmente, uma decisão quanto à necessidade do acompanhamento e, cumulativamente, por

²⁷ *Tribunal Constitucional alemão (2. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 2. 7. 2010 — 1 BvR 2579/08*, (NJW 2010, beck-online) p. 3360 e *Tribunal Constitucional alemão (1. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 20.1.2015 — 1 BvR 665/14*, (NJW 2015, 1666, beck-online). p. 1667.

causa da sua recusa ou ausência de consentimento, o colocam numa situação de grave perigo de lesão dos seus interesses pessoais e/ou patrimoniais ⁽²⁸⁾.

Problemática se torna a aferição da legitimidade directa do Ministério Público quando se pressupõe a desnecessidade de autorização do beneficiário. No entanto, a autorização, tal como o legislador a designa, não se prescinde sem que se demonstre que a vontade do beneficiário deve ser suprida. A ausência de norma expressa não afasta a força jurisgénica da autodeterminação do beneficiário e que se opõe a todos, incluindo ao Ministério Público. Desde logo pela natureza de direitos, liberdades e garantia, consagrados nos artigos 1.º (dignidade da pessoa humana), 13.º (direito à não discriminação ⁽²⁹⁾), e 26.º, n.º 1 (direito ao livre desenvolvimento da personalidade e direito à capacidade civil), que se aplicam directamente, conforme o artigo 18.º, n.º1 da Constituição. Podemos ainda acrescentar, em virtude da reserva da vida privada a defesa do direito do beneficiário em se recusar a uma intervenção protectora, pois a mudança de paradigma assenta no valor de inclusão e não de uma vocação paternalista ⁽³⁰⁾. Demonstrativo disso é a adopção do modelo

²⁸ Na proposta do CDF, artigo 144.º, n.º 2: O tribunal pode dispensar o consentimento se o beneficiário:

a) Não for capaz de entender e querer o sentido e alcance da necessidade d[*o* acompanhamento] e seus efeitos, ou;

b) Em razão da limitação ou alteração das faculdades mentais, e por força dela, criar uma situação de perigo grave para interesses jurídicos próprios, de relevante valor.

²⁹ Entendemos, inclusive, que a partir da Convenção integra no n.º 2 do artigo 13.º da Constituição um novo critério suspeito de discriminação que impõe um ónus de fundamentação contra decisões que diferenciem pessoas com deficiência. No caso, que limitam a sua capacidade jurídica, quer de jurídica de gozo ou de agir e judiciária.

³⁰ Em particular perante as situações de comportamentos aditivos. O acompanhamento não permite fundar intervenções compulsivas recusadas

de apoio-assistência em detrimento do modelo de substituição (artigo 12.º, n.º 3 da Convenção).

A autodeterminação do beneficiário será um pressuposto substantivo da validade da medida de acompanhamento, vigência e extinção e, por maioria de razão enquanto meio de realização daquele direito, pressuposto processual primário para o prosseguimento da acção de instauração do acompanhamento. Sem o consentimento do beneficiário, e sem que existam fundamentos nos termos acima expostos para o suprir, a acção não pode prosseguir devendo proferir-se indeferimento liminar. Entendemos inclusive, que o processo de suprimimento, ainda que possa ser cumulado com o pedido de instauração de medida de acompanhamento, deve manter a sua natureza autónoma e cuja decisão é pré-judicial ao prosseguimento da acção de acompanhamento. Deverá ser tramitado como um incidente, com uma estrutura própria, nos termos do artigo 292.º e seguintes do Código de Processo Civil, sem prejuízo da adequação formal devida ao caso concreto, atentos os poderes típicos de jurisdição voluntária conferidos ao juiz (artigo 891.º, n.º1 do Código de Processo Civil).

pelo beneficiário. O nosso sistema não admite, por respeito à dignidade da pessoa humana, o tratamento compulsivo ao alcoolismo e toxicodependência, logo por mais autodestrutivo que seja o comportamento, enquanto não for associado a uma patologia incapacitante para a formação da vontade não é admissível instaurar o acompanhamento. No caso do consumo da droga veja-se a evolução legislativa. Hoje encontra-se suprimida a possibilidade de recorrer ao tratamento compulsivo outrora admitido no artigo 39.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 430/83, 13-12. Regredindo em termos de história legislativa, o Decreto-Lei n.º 792/76, 05-11 admitia o tratamento compulsivo por força da “inimputabilidade” reconhecida aos toxicodependentes por força da sua dependência. Com o Decreto-Lei n.º 430/83, 13-12, já não se basta com a invocação da condição de imputabilidade do consumidor, era necessário invocar o interesse público na protecção da saúde pública e individual do consumidor como fundamento para um tratamento não consentido. Acabando tal possibilidade por ser eliminada, passa a se reconhecer ao toxicodependente, no que à tutela da saúde diz respeito, a posição jurídica de paciente, logo enquanto titular do direito à autodeterminação dos cuidados de saúde.

A. *A articulação entre da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência*

O conceito de associação constitucional entre os diferentes tribunais (Tribunais Constitucionais, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e Tribunal de Justiça da União Europeia) (*Verfassungsverbunds kennzeichnet*) marca a unidade material do direito europeu e nacional⁽³¹⁾. Baseia-se nas ideias compartilhadas seculares, conceitos e princípios de direito e constituição na Europa Ocidental. A estas acrescem o alargamento a outros instrumentos que compõem um quadro de valores comum de partilha dos Estados a eles vinculados (em particular pela adesão de todos os Estados Membros e a própria União Europeia à Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência). Cria-se uma malha jus-fundamental que se estende para lá da mera compreensão dualista do direito internacional público. Num certo sentido — continuando as metáforas — podemos mesmo falar um fenómeno análogo ao de uma liga metálica no qual se forma um resultado melhorado quer no âmbito dos direitos, quer nas suas garantias, em confronto com os instrumentos isoladamente considerados.

A tutela dos direitos é vista como processo transformativo e evolutivo. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos é omissa quanto à valoração de fontes que lhe são estranhas ou externas, não tomando qualquer posição sobre a possível função mediata ou não de direito a integrar na interpretação. No entanto, ainda que esteja afastada a oponibilidade das disposições da Convenção das Nações Unidas ao Tribunal

³¹ Giegerich fala da cooperação (*Kooperationsverhältnis*) entre os tribunais constitucionais nacionais, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e Tribunal de Justiça como meio de realização da tarefa de promoção e defesa dos direitos humanos (Das Kooperationsverhältnis zwischen deutscher Gerichtsbarkeit und EuGH. Deutsches Verwaltungsblatt [1994]) p. 102.

Europeu dos Direitos Humanos, tal instrumento é tomado em consideração como critério ou directriz interpretativa daquelas disposições (32). Neste ponto, a interpretação e o recurso à análise comparada na construção de um direito de matriz comum permite construir um *consenso europeu* ainda que circunscrito (33). Por isso, a perspectiva dinâmica e evolutiva adoptada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos quanto à interpretação dos direitos fundamentais consagrados na CEDH tem consequências evidentes. Por isso, no caso *Stafford c. RU* reconheceu-se a vocação do Tribunal Europeu para uma interpretação dinâmica e evolutiva para o aperfeiçoamento do sistema consagrado na Convenção e Protocolos (34).

Não se pode por isso ignorar o impacto da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o seu movimento de pêndulo entre os ordenamentos nacionais e o sistema da convenção. Luzius Wildhaber fala de um processo biunívoco/ *two-way process* entre a evolução dos ordenamentos nacionais que influencia a alteração da jurisprudência e por outro lado o efeito de assimilação da jurisprudência nos ordenamentos nacionais que designada *osmose jurisprudencial* (35). Estabelece-se uma vector axial entre diferentes ordenamentos jurídicos,

³² Oliver LEWIS. “Council of Europe”. in *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice: A Comparative Analysis of the Role of Courts*, ed. Lisa Waddington e Anna Lawson, Oxford: Oxford University Press, 2018. 90-91.

³³ Kanstantsin DZEHTSIAROU. “Comparative Law in the Reasoning of the European Court of Human Rights”. *University College Dublin Law Review* 10 (2010) 109-140.

³⁴ *Stafford v United Kingdom*, Req. n.º 46295/99, 28 de Maio 2002, par. 69.

³⁵ Discurso proferido na abertura do ano judicial em 23 de Janeiro de 2003 disponível no sítio <<http://www.echr.coe.int>>. Ver ainda Alastair MOWBRAY. “The Creativity of the European Court of Human Rights”. *Human Rights Law Review* 5/1 (2005) 57-79, p. 65.

interdependentes e de uma matriz axiológica-normativa necessariamente comum ⁽³⁶⁾. Não se pode por isso ignorar, assim, a jurisprudência do Tribunal Europeu, em particular quanto aos artigos 5.º e 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e que servirá de parâmetro interpretativo para as normas em branco ou inalteradas deixadas inexplicavelmente pelo legislador em matérias sensíveis ao beneficiário ⁽³⁷⁾.

B. *O sistema é garantia dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência*

No actual modelo, partir para a análise da lei tendo em consideração os tradicionais cânones, consiste numa incompreensão da unidade do sistema jurídico e da sua fundação nos valores da dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Mais importante, caso se pretendesse ancorar a análise da lei nas premissas positivas desta, estar-se-ia a desrespeitar a hierarquia normativa em que se enquadra a Convenção enquanto norma de valor supra-legal, de acordo com o artigo 8.º, n.º 2 da Constituição, o que, no nosso entendimento, concretiza os princípios e valores partilhados pelo ordenamento jurídico português.

Há uma transformação do conceito de deficiência que está muito além da tríade consagrada em 1989 pela *International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps* (ICIDH, Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Desvantagens), da Organização Mundial de Saúde. Em 2001, a mesma organização procede à revisão daquela classificação para

³⁶ Oliver LEWIS. “Council of Europe”. 89-93. Alastair MOWBRAY. “The Creativity of the European Court of Human Rights”. 65.

³⁷ Aliás, lamentamos que o foco de preocupação continue a centrar-se no valor dos actos realizados pelo beneficiário com total desconsideração pela garantia e desenho de uma medida de cuidado garantística e inclusiva.

Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (*International Classification of functioning, disability and Health*) (38). Coloca-se em evidência a questão nas barreiras sociais com que se confronta a pessoa, muito mais do que o diagnóstico clínico. As barreiras resultam da intersecção da pessoa entre as condições de saúde, contexto e factores pessoais. Funcionalmente parte-se da perspectiva biológica, individual e social e não já situacional (39). As três dimensões são equivalentes em significado e são diferentes dimensões de um único fenómeno *de capacidade diminuída* (ou na tradução oficial de *disabilities*: incapacidade) (40). O conceito social de deficiência não se esgota na sua componente funcional, antes

³⁸ De ora em diante designada por CIF. Para uma breve descrição da classificação e evolução veja-se o sítio do Instituto Nacional para a Reabilitação: <<http://www.inr.pt>>.

³⁹ Veja-se, *inter alia*, SIMONA GIORDANO. “A Heaven without Giants or Dwarfs Equality, Gender, and Disabilities”, 23 *Cambridge Quarterly Healthcare Ethics* 22 (2014) 25; ROB IMRIE. “Demystifying disability: A review of the International Classification of Functioning, Disability and Health”. *Sociology of Health & Illness* 26/3 (2004) 287-305, em esp. p. 295. A classificação de deficiência de 1980 assentava num conceito medico-funcional sem consideração das barreiras sociais que *per se* implicam limitações ou dificuldades de inclusão muito além da mera condição médica (JEROME BICKENBACH *et al.* “Models of disablement, universalism and the international classification of impairments, disabilities and handicaps”, *Social Science and Medicine* 48/9: 1173–1187, p. 1176). Por isso a dimensão social da deficiência convoca um valor de não discriminação que respeite a individualidade e identidade da pessoa e promova, a partir da concreta situação, a sua efectiva inclusão. A dimensão social «seeks to develop the conception that ‘mind, body, and environment are not easily separable but rather mutually constitute each other in complex ways’» (D. MARKS, *Disability: Controversial Debates and Psychosocial Perspectives*. London: Routledge, 25). In this sense, the ICF conceives of disability as ‘a compound phenomenon to which individual and social elements are both integral’ (Jerome BICKENBACH *et al.*, *ibid.*, 1177).

⁴⁰ Para uma versão em português da «Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde», disponível <<http://www.inr.pt>> [em linha] acedido em 25 de Janeiro de 2019.

é o produto do contexto social e ambiental em que a pessoa vive e se relaciona e que traduz a sua identidade. Por isso, não são irrelevantes os sistemas sociais existentes e factores pessoais como a idade, género, estado social, etc. ⁽⁴¹⁾. Segundo Rob Imrie, a CIF afasta-se da classificação de 1980, na medida em que não concebe a deficiência como condição pré-social ou imune ao contexto sócio-cultural em que se encontra a pessoa. A deficiência pressupõe que a *discapacidade* se assuma um conceito relacional e não por referência a limitações funcionais ⁽⁴²⁾. A etiologia da condição médico-funcional é neutra para fins de classificação. Fernando Fontes distingue «deficiência» e «incapacidade», referindo-se a primeira ao fenómeno socialmente construído de exclusão e opressão das pessoas com deficiência por parte da sociedade e, a segunda, aos aspectos individuais, biológicos e corporais. (...). O novo modelo social conseguiu ainda transformar a deficiência numa questão social e política, mais do que um problema médico e individual. A deficiência não é, desta forma, criada pela incapacidade, mas sim pela sociedade que deficientiza as pessoas com incapacidades»⁽⁴³⁾.

Desta feita, o problema não reside na limitação do desempenho do sujeito pela sua condição médico-funcional, mas sim nas barreiras sociais que o impedem de participar activamente em posição de igualdade face aos demais. A questão não é a aptidão que a pessoa revela, mas em que medida a sociedade a impede de exercer autonomamente os seus direitos. É neste pressuposto que deve ser formulada a avaliação do objecto do acompanhamento. Daí a relevância de se construir o acompanhamento a partir da inventariação das necessidades do beneficiário e da adequação do seu conteúdo como instrumento de inclusão e não partir de

⁴¹ Jerome BICKENBACH *et al.* “Models of disablement”, 1184.

⁴² Rob IMRIE. “Demystifying disability”, 293.

⁴³ Fernando FONTES. “Pessoas com deficiência e políticas sociais em Portugal: Da caridade à cidadania social”. *Revista Crítica de Ciências Sociais* 86 (Setembro 2009) 73-93, p. 76.

juízos prévios de inaptidão ou inabilidade. O acompanhamento constrói-se no e a partir do respeito dos direitos fundamentais do beneficiário num estrito juízo de adequação e proporcionalidade. Não reconhecer o efeito transformativo do conceito é ignorar o alcance da alteração legislativa e querer em velhos odres colocar vinho novo ⁽⁴⁴⁾.

III. O impacto do artigo 12.º no ordenamento jurídico português numa perspectiva comparada com a alteração do Código Civil

Não vamos aprofundar este ponto, uma vez que já tivemos oportunidade de nos debruçar sobre ele ⁽⁴⁵⁾. Vamos, contudo, dar conta das seguintes notas: o princípio da igualdade (ou na sua dimensão negativa, não discriminação) veda ao legislador a consagração de incapacidades *ope legis*, bem como a manutenção ou criação de normas que permitam a restrição dessa capacidade em situações de discriminação. Esta premissa é importante para entender que o princípio da igualdade tem como valor matriz a presunção de plena capacidade da pessoa maior (artigo 12.º, n.º 2 da Convenção).

Logo, o artigo 147.º é uma norma redundante perante aquele comando, encerrando o perigo de abrir pela janela o que se quis fechar com a porta. Desde logo, a aparente garantia

⁴⁴ Encontra-se, assim, ultrapassado o entendimento pugnado por Mafalda Miranda Barbosa, que não pode ser chamado à colação para interpretação do regime do maior acompanhado (*Maiiores acompanhados. Primeiras notas depois da aprovação da Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto*. Coimbra: GestLegal, 2018, 55).

⁴⁵ Veja-se o nosso trabalho “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, Coimbra: Almedina, 2016, 1105-1172.

de direitos da pessoa com deficiência traz consigo o potencial efeito de discriminação indirecta.

Expliquemos.

O legislador pretende garantir o respeito pelos direitos de personalidade da pessoa beneficiária ao reconhecê-los como espaço de autonomia e de capacidade acção. Contudo no mesmo n.º 1 daquele artigo 147.º, remata o legislador, de forma geral e indeterminada, que tal exercício não é livre. A norma que no seu conteúdo e função é garantística, admite a restrição da capacidade do beneficiário. Na construção da norma denota-se a manutenção de uma intervenção a partir da incapacidade e não de suprimento das necessidades do beneficiário.

Aliás, não se alcança a utilidade da norma a partir do artigo 12.º, n.º 2 e 4 da Convenção. Segundo o «Estudo legislativo» a consagração na lei desta liberdade seria necessária porque «à semelhança do que se passa com os menores: eles são, à partida, permitidos. Este ponto é essencial: permite, ao maior acompanhado, levar uma vida totalmente normal, se a sua condição o facultar» ⁽⁴⁶⁾.

Ora, a presunção de plena capacidade consagrada no artigo 12.º da Convenção não é um mero direito objectivo, antes integra o estatuto jurídico da pessoa maior e confere-lhe liberdade de agir. Em termos sistemáticos, se reconhecemos o pleno estatuto de pessoa maior, pressupomos a plena capacidade jurídica e de agir desta, pelo que perde sentido útil a menção de que é livre a celebração de negócios da vida corrente, em especial quando na segunda parte se admite restrição por lei ou por decisão judicial. Ainda que se possa compreender a reserva quanto aos direitos pessoais (ainda que com as críticas, veja-se *infra*), a inclusão dos negócios de vida corrente pressupõe que a esfera residual de actuação da pessoa pode ser igualmente negada (em

⁴⁶ «Da situação do maior acompanhado — estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores». p. 124.

termos gramaticais estes negócios têm como mesmo predicado o previsto para os direitos pessoais). O que vai além do regime da interdição onde se admitia a aplicação do artigo 127.º, pelo menos quanto ao n.º 1 alínea a) ⁽⁴⁷⁾.

Não compreendemos, por isso, a utilidade desta previsão. Podemos tentar encontrar resquícios de racionalidade na opção. Um deles seria o transplante da §105a BGB e a posição crítica de Claus-Wilhelm Canaris sobre a sanção dos actos realizados por pessoas maiores sem plena capacidade de agir ⁽⁴⁸⁾. Contudo,

⁴⁷ A este respeito tivemos oportunidade de escrever: «a privação absoluta da capacidade de agir apenas será possível quanto aos actos patrimoniais, ressalvada a capacidade de facto para a prática dos actos elencados no artigo 127.º, em particular o n.º 1, al. b) CC relativo aos actos de vida corrente. Quanto aos actos pessoais, pela sua natureza, a incapacidade de agir não pode ser decretada, em termos gerais e abstractos, sob pena de uma tal compressão da personalidade jurídica da pessoa esvaziar a protecção constitucional e legal o princípio da dignidade da pessoa humana e direito ao livre desenvolvimento da personalidade». A este respeito Luís A. Carvalho Fernandes admitia, à luz do anterior regime, a possibilidade de privar em absoluto a capacidade de agir de uma pessoa se abstrairmos dos “direitos que só admitem exercício pessoal — direito à vida, por exemplo —, cuja actuação envolve, em certos aspectos, meros actos materiais” (*Teoria Geral do Direito Civil, Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica*, vol. I, 3.ª ed., Lisboa: Universidade Católica, 2001, 129). Todavia, esta possibilidade resulta da situação de facto em que se encontra a pessoa — absoluta incompetência para se autodeterminar — e não por efeito geral de uma sentença constitutiva constitucionalmente inadmissível.

⁴⁸ Claus-Wilhelm CANARIS. „Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht“. *JZ* (1987) 913-1004. Sobre a §105a BGB introduzido na reforma de 2002 e a Convenção das Nações Unidas veja-se Volker LIPP. “Die neue Geschäftsfähigkeit Erwachsener”. *FamRZ* 11 (2003) 721-729; Tobias FRÖSCHLE. „Rück- und Ausblick: 25 Jahre Betreuungsrecht“. *BtPrax — Betreuungsrechtliche Praxis* 3 (2017) 91-93; Andreas SPICKHOFF. *MüKoBGB*. 8. Aufl. 2018, BGB § 105a; Matthias CASPER. „Geschäfte des täglichen Lebens — kritische Anmerkungen zum neuen § 105a BGB“. *NJW* (2002) 3425-3430. A este respeito Jürgen Kohler fala da revisão de 2002 com a introdução da §105a BGB como resolução de um não problema („Die Kunst, ein nicht vorhandenes Problem nicht zu lösen — oder die Smartiegesetz“, *JZ* 7 (2004) 348-349).

a ser assim fica por saber qual a pertinência de tal disposição quando o acompanhamento não confere um estatuto jurídico de incapacidade (não é à toa que sistematicamente a Secção V se designa «menores e maiores acompanhados» e não «incapacidades»). A relação jurídica emergente do acompanhamento nos seus pressupostos e regime encontra-se num polo diametralmente oposto ao estatuto de menoridade. A justificação do artigo 127.º do Código Civil assenta no reconhecimento de espaços de autonomia e progressivo reconhecimento de capacidade de agir em função do processo natural de crescimento e regressão da incapacidade por menoridade. A isto sobrevém o facto de um negócio realizado por alguém sem capacidade natural não determinar a nulidade, mas tão somente a anulabilidade, artigo 257.º do Código Civil⁴⁹). O que confere a faculdade do beneficiário confirmar o negócio por si realizado na medida em que conserva e goza da presunção de plena capacidade jurídica (artigo 288.º, n.º 1 e 2 do Código Civil). Aquela disposição é, por isso, supérflua e resulta de um transplante legal desnecessário em face do nosso sistema jurídico. Apenas serve para inadmissivelmente legitimar uma interpretação contrária à Convenção que é justificar a restrição da capacidade jurídica do beneficiário.

Deve ser dado nota que na Alemanha a falta de capacidade determina a nulidade do acto realizado pelo beneficiário e que justificou o estudo de Canaris. O que, manifestamente, não é caso do ordenamento jurídico português onde a sanção mais grave apenas se pode retirar dos negócios realizados com falta de consciência na declaração e que, pela natureza da divergência da vontade, a ineficácia resulta da ausência de um elemento decisivo para a existência de um negócio jurídico imputado a uma vontade: vontades de acção e negocial.

⁴⁹ A possibilidade de um vício mais grave ocorreria através do enquadramento nas divergências da vontade no âmbito da falta de consciência da declaração, artigo 246.º do Código Civil.

IV. Fontes e bases interpretativas

A Lei n.º 49/2018, 14-08 e respectivo projecto foi antecedido de um trabalho denominado «Estudo Legislativo». Este partiu do projecto elaborado pelo Centro de Direito da Família e adoptou uma abordagem geométrica do articulado normativo assumindo expressamente como modelo de referência a *Betreuung* alemã⁽⁵⁰⁾. Face à opção tomada pelo legislador quanto ao paradigma de instituto adoptado, entendemos relevante fazer um paralelo entre as soluções alemãs e as adoptadas pelo legislador português, em especial perante uma regulação «lacunosa» do instituto em matérias particularmente sensíveis aos interesses do beneficiário (por exemplo, não existe regulação especial, nomeadamente, quanto às questões dos cuidados de saúde, interrupção voluntária da gravidez, planeamento familiar, articulação com a lei de saúde mental, em especial nos regimes de tratamento em ambulatório). Esta referência deve servir como matriz interpretativa do novo regime, mais até do que direito comparado, como meio de suprir as insuficiências na fundamentação das soluções ou esclarecimento das opções.

À referência do direito alemão, deve ser tido em conta o próprio projecto do Centro de Direito da Família. Ainda que o estudo deixe claro que se recusa um «modelo regulamentar», não pode o interprete ignorar o paralelo de algumas soluções que o projecto que veio a tomar a forma de lei adoptou face àquele projecto que não chegou a ver a luz do dia.

⁵⁰ Para uma breve descrição do regime ver a nossa tese. Ainda que desatualizada, uma vez que desde a publicação já ocorreram 5 alterações legislativas. Para uma versão do BGB em língua inglesa consultar o sítio oficial do Ministério da Justiça alemã (https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/). Não é, por isso, necessário sujeitar o leitor ao conhecimento de língua alemã, tenho em consideração a utilização do inglês como língua franca.

O paradigma que resulta do modelo consagrado na Convenção, o projecto do Centro de Direito da Família e o Estudo Legislativo servirão de bordão para compreender criticamente o sentido valorativo do novo modelo de salvaguarda de interesses da pessoa maior.

V. O modelo de referência escolhido pelo legislador português: *Betreuung*

C. *Antes da Betreuung, existia a Sachwalterschaft... hoje Erwachsenenenschutzgesetz*

Ao contrário do que é referido no estudo legislativo, é posição comum na doutrina alemã, que foi o ordenamento austríaco a introduzir um modelo de salvaguarda de interesses modelar e com abolição da incapacidade como instrumento de protecção⁽⁵¹⁾.

O ordenamento jurídico alemão procedeu, em 1990, à reforma do direito à tutela e curatela — *Betreuungsgesetz* (BtG) —, tendo entrado em vigor o novo regime em 1992⁽⁵²⁾. Entretanto, este já foi objecto de alterações em 1998 (1. BtÄndG, entrou em vigor a 1.1.1999), 2005 (2. BtÄndG, entrou em vigor a 1.7.2005), 2008 (3. BtÄndG, entrou em vigor a 01.09.2009)⁽⁵³⁾. Do instituto alemão apenas

⁵¹ Dieter SCHWAB. MüKoBGB, Buch 4. Familienrecht Abschnitt 3. Vormundschaft, Rechtliche Betreuung, Pflegschaft Titel 2. Rechtliche Betreuung Vorbemerkung Rn. 1-3, beck-online, Rn. 1-3.

⁵² O instituto alemão da *Betreuung* baseou-se na *Sachwalterschaft* austríaca, aprovada em 1984. O legislador austríaco propositamente escolheu o nome para reforçar a ideia de protecção e cuidado jurídico dos assuntos do incapaz. Razão pela qual, atento a evolução do paradigma tenha em 2017 alterado o nome do instituto para *Erwachsenenschutz*.

⁵³ Sobre as notas do regime remetemos para o nosso *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*.

chamaremos à colação aspectos que sejam relevantes para a interpretação da medida de acompanhamento.

No entanto, porque passou despercebido à doutrina portuguesa, o modelo alemão baseou-se na solução austríaca a *Sachwalterschaft*. Esta precede a revisão alemã como é amiudadamente reconhecido pela doutrina alemã⁽⁵⁴⁾ e a última revisão entrou em vigor em 1 de Julho de 2018 e que levou, inclusive, à mudança de designação. Hoje, o instituto designa-se por *Erwachsenenschutzrecht* (direito de salvaguarda/protecção de pessoas maiores)⁽⁵⁵⁾.

A mudança incorpora as premissas do sistema de salvaguarda de interesses da pessoa maior de idade, através do afastamento da vocação instrumental de garantia do comércio jurídico e consequente confiança de terceiros que assumiu o anterior regime inicial, para um modelo de verdadeira salvaguarda dos interesses do beneficiário. Este é o centro da relação da relação jurídica de cuidado, enquanto destinatário do mecanismo legal de inclusão e sujeito titular activo de liberdades e direitos. Para isso, conserva o beneficiário a sua autonomia e liberdade quanto à escolha do seu cuidador e à modelação do conteúdo da medida aos seus interesses. O modelo assenta agora em 4 pilares, dando preferência aos mecanismos voluntários da *Vorsorgevollmacht* (§1002 e seguintes *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB)) em detrimento da intervenção judicial. Quando esta seja necessária (*gewählte Erwachsenenvertretung*),

⁵⁴ Volker LIPP. „Assistenzprinzip und Erwachsenenenschutz“, 3; Michael GANNER. „Das österreichische Sachwalterrecht (Teil 1)“. *BtPrax — Betreuungsrechtliche Praxis* 6 (2017) 238-241; do mesmo autor — „Das österreichische Sachwalterrecht — eine Erfolgsgeschichte? (Teil 2)“, *BtPrax — Betreuungsrechtliche Praxis* 1 (2008) 3-6; IDEM. *Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson (Zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht)*, Mannheim: Mohr Siebeck, 2000, 12 s.

⁵⁵ Para uma leitura geral Michael GANNER. „Das neue österreichische Erwachsenenenschutzrecht“. *BtPrax — Betreuungsrechtliche Praxis* 4 (2018) 128-134.

as medidas encontram-se sempre limitadas no tempo (realização do fim a que se destinam, com o prazo máximo de 3 anos, § 246 (1) Zif. 5 ABGB), prevalecendo no segundo pilar a vontade do beneficiário na designação do cuidador e com controlo judicial limitado. A possibilidade de uma intervenção mais ampla (3 e 4 pilares — §268 ABGB) é verdadeiramente residual (ou assim pretende o legislador) devendo os poderes ser circunscritos ao estritamente necessário, distinguindo-se este terceiro pilar do desenho da medida, que deve ser feito integrado nas respostas da família por oposição à figura do cuidador profissional (quarto pilar).

Em termos de impacto da medida em sede de capacidade de agir, vale a plena presunção de capacidade jurídica às pessoas maiores de 18 anos. A instauração da medida não restringe ou afecta a capacidade do beneficiário, sem prejuízo de tal ser necessário para a realização de determinados actos e sempre sujeito a um estrito controlo da proporcionalidade na aferição da necessidade e adequação da restrição em função da defesa de interesses relevantes e perante um sério e grave risco para o beneficiário (§ 242 (2) ABGB).

Outro ponto importante da alteração diz respeito à concretização da medida a partir do terceiro e quarto pilar. A importância da compreensão do ambiente e contexto do beneficiário é decisiva para o desenho do conteúdo da medida e fundamental para a escolha do cuidador. O conhecimento do contexto social onde o beneficiário vive e a sua audição são fundamentais para a compreensão das necessidades e real vantagem da medida. Este contacto directo, em honra do princípio da imediação, convoca a adequação processual, para que seja garantida logo no primeiro momento o contacto com o beneficiário, para aferição dos pressupostos de continuação da acção (*Erstanhörung*)⁵⁶. Esta interacção deve ocorrer

⁵⁶ Esta preocupação de *condensação* do processo entre aferir da subsidiariedade e necessidade da medida tinha, na proposta do CDF o seu eco

mesmo em situações em que já se encontrando instaurada a medida, existam decisões relevantes a tomar, como por exemplo a mudança de residência.

Com a actual revisão, concretiza-se o dever de informação do beneficiário, na medida em que se impõe ao cuidador com poderes de representação a informação e consulta prévia em tempo razoável como condição de eficácia do exercício daqueles poderes (§§ 241 (2) ABGB). Apenas em situações de risco é que se prescinde do dever de consulta e informação prévio ao exercício dos poderes de representação.

quer no despacho liminar e na audiência preliminar. Aliás, tal operação pode ser realizada Transcrevendo:

Artigo 896.º

Saneamento

1. Recebido o requerimento inicial, o processo vai com vista ao Ministério Público, caso não seja o requerente, que informará o juiz da existência de mandato em previsão da incapacidade ou gestão de negócios, sem prejuízo de promover o que tiver por conveniente; sendo o Ministério Público o requerente, tais informações devem ser prestadas no requerimento inicial.

(...)

5. O juiz pode realizar as diligências necessárias para a produção de prova documental relevante, nomeadamente solicitar os relatórios e exames clínicos necessários, bem como ordenar a produção de relatório social. (...)

Artigo 898.º

Conferência preliminar e audição do requerido

1. A audição do requerido é obrigatória.

2. No caso de a comparência pessoal do requerido ser impossível ou representar sacrifício excessivo, deve o juiz deslocar-se à residência do requerido ou ao local em que este se encontre, com ressalva da intimidade da vida privada e familiar e da dignidade humana deste.

3. Na conferência preliminar, realizam-se as diligências probatórias necessárias à averiguação da existência dos pressupostos para instauração de curatela e, sendo caso disso, da capacidade para efeitos do artigo 144.º do Código Civil.

(...)

De destacar a preocupação do desenho legal da medida no que toca à inclusão no processo de decisão, em especial no que tange aos cuidados de saúde. A previsão na §252 (2) ABGB da consulta de pessoas próximas do beneficiário e do *iter* de decisão por este realizado ou nas limitações como meio de suprir as eventuais falhas na formação ou formulação de vontade, tendo como limite inultrapassável a actuação contrária à sua vontade (§252 (2) *in fine* ABGB) ⁽⁵⁷⁾. O apoio na tomada de decisão é feito a partir do próprio processo, não sendo possível sê-lo por reconstrução da vontade do beneficiário por representante voluntário ou legal.

D. Betreuung: um modelo em crise?

1. O parecer do Comité dos Direitos das Pessoas com Deficiência

O Comité, no seu parecer, entre várias observações, reforçou a necessidade de eliminar todas as formas de medidas de substituição da decisão e a sua modificação por medidas de apoio nos termos do artigo 12.º, n.ºs 2 e 3 da Convenção, bem como nos termos do comentário geral n.º 1 do Comité (2014), quanto ao princípio da igualdade ⁽⁵⁸⁾.

O problema coloca-se, assim, no conteúdo da medida de *Betreuung*, quando esta preveja a atribuição de poderes de representação que se sobreponham ou consumam a iniciativa e aptidão de agir do beneficiário. Segundo o Comité, estes poderes significam uma restrição à capacidade jurídica

⁵⁷ Michael GANNER. „Das neue österreichische Erwachsenenschutzrecht“. 128-134.

⁵⁸ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, CRPD/C/DEU/CO/I (General comment on Article 12: Equal recognition before the law), disponível no sítio <www.ohchr.org> em linha, acedido em 14 de Fevereiro de 2019, para. 26.

discriminatória ⁽⁵⁹⁾, à qual a *Betreuung* não é imune. Assim, ao contrário do defendido pelo Governo Federal, o Comité colocou sérias dúvidas sobre a compatibilidade da *Betreuung* com a Convenção, em especial o seu artigo 12.º, n.º 3 ⁽⁶⁰⁾. A obrigação de eliminação de quaisquer restrições à capacidade jurídica do beneficiário é imperativa para assegurar o respeito pelo princípio da igualdade e proibição de discriminação directa e indirecta ⁽⁶¹⁾ e, como tal, devem ser rejeitados modelos substitutivos de decisão ⁽⁶²⁾. Estes, pela vocação *paternalista* que encerram tendem a recusar o reconhecimento da capacidade de agir do beneficiário e a nomear alguém que o substitua por ordem a critérios objectivos dos melhores interesses, que se podem revelar contrários à vontade daquele. Por isso, é imperiosa a necessidade de um novo modelo de apoio à tomada de decisão e inclusão no respectivo processo, pelo que se prescinde da incapacidade como instrumento de salvaguarda e se exige a necessidade prévia de avaliação da capacidade e competência do beneficiário. O busílis do modelo de apoio é aferir as concretas necessidades do beneficiário e construir a medida a partir da vontade e interesses directamente

⁵⁹ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES — General comment on Article 12: Equal recognition before the law, Eleventh session, <<https://www.ohchr.org>> [em linha] consultado em 12 de Janeiro de 2019, para. 24, 25.

⁶⁰ Dagmar BROSEY. „Der General Comment No. 1 zu Art. 12 der UN-BRK und die Umsetzung im deutschen Recht“. *BtPrax - Betreuungsrechtliche Praxis* 5 (2014) 211-215, p. 211.

⁶¹ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES — General comment on Article 12: Equal recognition before the law, Eleventh session, <<https://www.ohchr.org>> [em linha] consultado em 12 de Janeiro de 2019. para 24, 25.

⁶² COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES — General comment on Article 12: Equal recognition before the law, Eleventh session, <<https://www.ohchr.org>> [em linha] consultado em 12 de Janeiro de 2019. Para. 26, 29.

e indirectamente manifestados pelo beneficiário. Evita-se, assim, o recurso a critérios objectivos em favor da *melhor interpretação da vontade e interesses* («best interpretation of will and preferences»). Para isso é necessário assegurar as garantias previstas no artigo 12.º, n.º 4 da Convenção e a garantia de autodeterminação total sobre o processo de instauração, revisão, modificação e cessação das medidas (63).

O princípio da não discriminação constitui a trave mestre do sistema de direitos humanos consagrado na Convenção, sendo o artigo 12.º o seu elemento *pivot*. O n.º 2 consagra o princípio da igualdade, cabendo aos Estados prever instrumentos que assegurem a materialização desse comando axiológico-normativo pela adopção do modelo de apoio/assistência. Modelo este que a Convenção elegeu como o idóneo a romper as barreiras sociais e a incluir a pessoa com deficiência no processo de decisão sobre a sua esfera de interesses e consequente autodeterminação. Para que tal modelo alcance estes objectivos, estabelece o n.º 4 garantias para uma efectivação do modelo de apoio/assistência: o «exercício da capacidade jurídica em relação aos direitos, vontade e preferências da pessoa estão isentas de conflitos de interesse e influências indevidas, são proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa, aplicam-se no período de tempo mais curto possível e estão sujeitas a um controlo periódico por uma autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial. As garantias são proporcionais ao grau em que tais medidas afectam os direitos e interesses da pessoa».

A crítica formulada contra o modelo alemão prende-se, por isso, com o carácter expansivo da *Betreuung* que tende a

⁶³ Volker LIPP. „Assistenzprinzip und Erwachsenenschutz“, 6. Werner BIENWALD. „Betreuungsrecht im internationalen Kontext. Aktuelle Aspekte in Deutschland, Berichte und Beiträge vom 4. Weltkongress Betreuungsrecht — 15. Betreuungsgerichtstag vom 14.–17. September 2016 in Erkner“, *FamRZ* (2017) 1828.

implementar-se a partir de uma medida de apoio/assistência: a substituição. A atribuição de poderes de representação e medidas compulsivas são o *standard* do sistema que a Convenção pretendeu erradicar e que o modelo legal da *Betreuung* admite, desde logo, as §§1903, 1904, 1905, 1906, 1906a BGB.

2. Críticas e interpretações

Volker Lipp dá conta que o ordenamento alemão, desde a revogação do instituto da *Entmündigung* (equivalente à nossa interdição) em 1992, dá relevo à capacidade natural, tendo em atenção aos elementos essenciais do negócio jurídico e numa base caso-a-caso. A ineficácia do negócio ou acto jurídico resulta da ausência de elementos essenciais aferidos a partir de uma concreta situação e não enquanto sanção à condição da pessoa com deficiência. Uma vez atingida a maioridade, toda pessoa adquire a capacidade legal plena de agir legalmente (capacidade de agir, capacidade nupcial, testamentária, etc.) ⁽⁶⁴⁾. Todavia, como aponta o Comité, o modelo de apoio e sua concretização pode significar a incorporação de um sistema de substituição, em particular através da atribuição de poderes de representação ⁽⁶⁵⁾.

A possibilidade de atribuição de poderes de representação surge como resposta a uma situação de necessidade, para a qual os meios de apoio para a formação ou formulação de uma vontade livre e esclarecida do beneficiário não sejam possíveis (§1901 (1) BGB) ⁽⁶⁶⁾. Por isso, o sentido normativo do âmbito de atribuições que abarque poderes de representação legal é de um instrumento de realização autodeterminada do beneficiário, ora representado, e por

⁶⁴ Volker LIPP. „Assistenzprinzip und Erwachsenenschutz“, 7.

⁶⁵ Alfons WENKER. „Art. 12 UN-BRK und die Selbstbestimmung betreuter Menschen“. *BtPrax — Betreuungsrechtliche Praxis* 2 (2015) 51-53.

⁶⁶ Volker LIPP. „Rechtliche Betreuung und das Recht auf Freiheit. *BtPrax — Betreuungsrechtliche*“. *Praxis* 2 (2008) 51-56, p. 52.

isso a actuação do representante não é livre, antes funcionalizada, já não aos interesses objectivamente considerados mas à vontade e interesses manifestados e queridos ou desejados pelo beneficiário. Para tal, deve o *Betreuer* contactar e ouvir o beneficiário e decidir em conformidade com a posição deste (§§ 1901 (3) 1 e 2 e 1901a (1) (2) BGB). Daí a importância do contacto directo e próximo enquanto dever do *Betreuer* (§ 1901 Abs. 3 S. 3 BGB). Nem perante a ausência de uma vontade se escuda o *Betreuer* de uma decisão personalizada, i. é, de procurar a sua vontade presumida ou escala de interesses e preferências manifestadas pelo beneficiário. A possibilidade de recorrer ao critério objectivo dos melhores interesses apresenta-se apenas como mecanismo de *ultima ratio* (§§ 1901 (2), 1901a (2) BGB) ⁽⁶⁷⁾.

Em termos de sindicância, cabe ao tribunal rever a medida e se necessário afastar o *Betreuer*, bem como é aquele o competente para apreciar e autorizar o *Betreuer* a realizar determinados actos em relação ao beneficiário (por exemplo, §§ 1904, 1906, 1907, 1908i em conjugação com as §§ 1821 e 1822, todos do BGB). Ao direito substantivo contrapõem-se as garantias processuais, entre elas a nomeação de um curador *ad litem* (*Verfahrenspfleger* §276 FamFG — Código do processo de jurisdição voluntária) e a imediação na audição do beneficiário (§277 FamFG) ⁽⁶⁸⁾.

⁶⁷ Volker LIPP. „Assistenzprinzip und Erwachsenenschutz“, 9. Este autor concebe a incapacidade como medida preventiva e efectivação da medida de apoio/assistência (*Freiheit und Fürsorge*, 241). Numa abordagem alternativa, Michael Ganner pugna para a intervenção protectora ser no quadro do direito de consumidor („Stand und Perspektiven des Erwachsenenschutzes in rechtsvergleichender Sicht (Teil 1)“). *BtPrax — Betreuungsrechtliche Praxis* 5 (2013) 171-175, p. 173.

⁶⁸ Vide Valentin AICHELE / Jochen VON BERNSTORFF. „Das Menschenrecht“, 199-203; Dagmar BROSEY. „Der General Comment No. 1 zu Art. 12 der UN-BRK und die Umsetzung im deutschen Recht“. *BtPrax — Betreuungsrechtliche Praxis* 5 (2014) 211-215; IDEM. „Anforderungen an einen Eingriff in das Recht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht“. *BtPrax — Betreuungsrechtliche Praxis* 6 (2014) 243-247; Michael GANNER. „Stand und Perspekti-

Uma decisão do Tribunal Constitucional alemão, já de 2016, sem confrontar directamente o sistema da Convenção, admite como interpretação conforme a esta a adopção de medidas compulsivas de cuidados de saúde em situações limite como concretização da obrigação positiva de proteger a vida e integridade física do beneficiário⁽⁶⁹⁾. A natureza intrusiva e substitutiva das medidas, entende o tribunal, serão conformes a Convenção enquanto instrumentos de *ultima ratio* e de aplicação residual às situações mais graves⁽⁷⁰⁾.

ven des Erwachsenenschutzes in rechtsvergleichender Sicht (Teil 1)“. *BtPrax — Betreuungsrechtliche Praxis* 5 (2013) 171-175; Uwe HARM. „Stellungnahme zur Kritik des UN-Fachausschusses zum deutschen Betreuungsrecht“. *BtPrax — Betreuungsrechtliche Praxis* 4 (2015) 135-137; Volker LIPP. „UN-Behindertenrechtskonvention und Betreuungsrecht“. *BtPrax — Betreuungsrechtliche Praxis* 6/2010. pp. 263267; IDEM. „Betreuungsrecht und UN-Behindertenrechtskonvention“. *FamRZ* 9 (2012) 669-679; Roland ROSENOW. „Betreuungsrechtliche Unterbringung und Zwangsbehandlung vor dem Hintergrund der UN-BRK“. *BtPrax — Betreuungsrechtliche Praxis* 2 (2013) 39-44; Alfons WENKER. „Art. 12 UN-BRK und die Selbstbestimmung betreuter Menschen. Was muss sich bei den Betreuungsgerichten nach erfolgter Betreuerbestellung ändern?“. *BtPrax — Betreuungsrechtliche Praxis* 2 (2015) 51-53.

⁶⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO, “1. Senat, Beschluss v. 26.7.2016 – 1 BvL 8/15“, *FamRZ* (2016) 1738-1747. Ver ainda *Shtukaturov c. Rússia*, req. N.º 44009/05, 27 de Março de 2008,

⁷⁰ Volker LIPP, „Rechtliche Betreuung“, 51-56, p. 9. Dagmar BROSEY. "Anforderungen an einen Eingriff in das Recht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht", *BtPrax — Betreuungsrechtliche Praxis* 6 (2014) 243-247.

Na decisão do tribunal da Baviera admite-se a intervenção contra a vontade do beneficiário perante uma falha ou limitação deste para se autode-terminar. A sua liberdade encontra-se coarctada por falhas no processo de formação de uma vontade perfeita e, por isso, estaria justificada a intromissão na esfera jurídica do beneficiário sempre com respeito pela liberdade de consciência e de livre desenvolvimento da sua personalidade (BayObLG, *FamRZ* 1993, 998, 999; ver ainda OLG Hamm, *FamRZ* (2000) 494, 496; OLG Köln, *FamRZ* (2000) 908; OLG Frankfurt, *BtPrax — Betreuungsrechtliche Praxis* 1997, 123. MüKoBGB/-Schwab, BGB § 1903 Rdnr. 6; Knittel, BGB § 1903 Rdnr. 17; HK-BUR/Bauer, § 1903 Rdnr. 65; Palandt/Diederichsen, § 1903 Rdnr. 5; Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann/Bienwald, § 1903 Rdnr.

Volker Lipp perspectiva o sistema como dotado de respostas amplas e suficientemente flexíveis para uma resposta adequada ao caso concreto. Cabe ao aplicador o papel de garante da posição do beneficiário, mesmo perante as situações de incapacidade. Estas devem ser delimitadas e precisas no seu alcance, devendo a actuação do terceiro cuidador ser conforme à vontade e interesses do beneficiário ⁽⁷¹⁾.

Isto sem prejuízo de em situações limite se tornar necessário nomear um *Betreuer* com poderes para actuar contra o beneficiário, se este representar um perigo sério para os seus próprios interesses e nunca para a protecção de terceiros. Esta possibilidade é excepcional e deve ser fundada e objecto de um estreito escrutínio ⁽⁷²⁾.

Para isso a Declaração de Iocoama de 2016 configura os princípios estruturais de um sistema assente no cuidado informal e voluntário e de funcionamento verdadeiramente subsidiário ⁽⁷³⁾. O beneficiário é o destinatário da função de salvaguarda do sistema, mas antes de mais é um sujeito titular de direitos que devem ser garantidos na sua plenitude. Para isso a intervenção terá que ir muito além do instituto civil da *Betreuung*, sendo necessária uma intervenção social (§279 (2) FamFG) como primeiro patamar dissuasor da intervenção mais intrusiva ⁽⁷⁴⁾.

38; Jürgens/Jürgens, § 1903 Rdnr. 2; Knittel/Seitz, BtPrax 2007, 18, 20.

⁷¹ Volker LIPP. „Rechtliche Betreuung“, 51-56, p.8.

⁷² Volker LIPP. „Rechtliche Betreuung“, 51-56, p.9.

⁷³ Resultante do 4.º Congresso Mundial de protecção de pessoas maiores realizado em Erkner/Berlim, em 16 de Setembro de 2016 e disponível em <<https://www.international-guardianship.com>>.

⁷⁴ Volker LIPP. „Rechtliche Betreuung“, 51-56, p. 10-11.

VI. Linhas mestres do edifício jurídico de salvaguarda dos direitos e interesses do beneficiário

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

Estes trilham o núcleo ou esferas de protecção cujas camadas se tendem a compactar e a opor perante intervenções que lhes sejam contrárias. E a premissa, para que não haja dúvidas e equívocos, é de um sistema que visa garantir os direitos e interesses da pessoa maior e, enquanto tal, um instrumento de inclusão plena na participação da vida social e jurídica. Aqui entendida no sentido universal da mesma. A particularidade da maioria corresponde à concepção social e jurídica do culminar de um processo de crescimento e autonomização com vista à afirmação da plena dignidade e capacidade.

Uma das primeiras notas passa por recusar a colagem do estatuto do beneficiário ao regime da menoridade. A aparente proximidade das funções a cargo do «cuidador» assenta na concepção dogmática de direitos funcionais, mas tão-só. O conteúdo e feixe de vínculos constitutivos da responsabilidade do acompanhante para com o beneficiário são distintos, na génese, execução e extinção. A relação jurídica de acompanhamento não pode espelhar, em momento algum, uma estrutura vertical de subordinação ou de contracção da autodeterminação de interesses do beneficiário. O sistema parte do polo diametralmente oposto ⁽⁷⁵⁾. A relação não

⁷⁵ Sobre uma leitura crítica dos poderes das responsabilidades parentais e seus limites em confronto com a autodeterminação da criança e jovem ver o nosso “Os menores: a dialéctica entre emancipação pessoal e protecção. análise de um caso de internamento em comunidade terapêutica contra a vontade de um menor de 17 anos toxicodependente”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor*

é hierárquica e muito menos de subordinação, antes de promoção da autodeterminação do beneficiário. Os poderes funcionais do acompanhante devem ser exercidos para efectivar a soberania do beneficiário sobre a sua esfera de interesses.

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

Esta referência é fundamental para compreender que o desenho da medida de acompanhamento parte da correlação causal entre necessidades do beneficiário e poderes atribuídos por sentença. As diversas alíneas do artigo 145.º, n.º 2 não devem ser vistas como dispostos numa ordem de precedência ou hierarquia. Os princípios que orientam a sua intervenção, em particular o da necessidade consagrado no n.º 1 do mesmo artigo assim o determinam. A vermos tal estruturação a mesma deve ser invertida pelo contrário por respeito aos artigos 5.º, n.ºs 1 e 2 e 12.º e 4 da Convenção ⁽⁷⁶⁾. Não é

Manuel da Costa Andrade, vol. III, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017.

O processo de crescimento e aquisição de plena cidadania pressupõe, mais do que autoridade, um processo de decisão participada. Sobre visão da infância e responsabilidades parentais ver Mary JOHN. *Children's Rights and Power: Charging Up for a New Century*, Jessica Kingsley Publishers Kindle ed., 2003. posição 466 e seguintes. Numa visão crítica da posição do menor na família e respectiva protecção ver Guilherme de OLIVEIRA. "A criança maltratada", in *Temas de Direito da Família*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

⁷⁶ Não podemos deixar de dar nota do absurdo constante na alínea a) do n.º 2 do artigo 145.º cc. Esta disposição apresenta-se claramente desfasada e conflituante com a unidade do sistema jurídico. As responsabilidades parentais são reguladas em função do interesse da criança de acordo com um quadro normativo próprio e respectiva jurisdição. A possibilidade de se discutir as responsabilidades parentais no processo de constituição ou modificação do acompanhamento não só é uma aberração jurídica, como se revela profundamente preconceituosa sobre o que se deve entender como paradigma da salvaguarda de pessoas maiores. Assim, não só não é possível regular as

a partir da capacidade ou incapacidade do beneficiário que se determina a constituição do acompanhamento, antes a necessidade de salvaguarda de interesses para os quais somente o acompanhamento pode acautelar. Não só a incapacidade não é condição de constituição do acompanhamento, como

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

não é a partir da incapacidade que se recorta o âmbito de atribuições. É a partir da autodeterminação do beneficiário e da necessidade de salvaguarda de direitos e interesses daquele que se constitui, modela e se extingue o acompanhamento.

Compete ao próprio beneficiário, por respeito à sua dignidade, autodeterminar a sua esfera de interesses. A ausência ou limitação da capacidade de autodeterminação imediata não afasta a manifestação da sua vontade anterior à incapacidade, pelo que as opiniões e interesses anteriormente manifestados terão obrigatoriamente de ser considerados, sendo aqueles tanto mais vinculativos quanto maior for o seu grau de concretude, a forma das declarações e a capacidade de autodeterminação na data em que foram formuladas. Quando seja necessário recorrer a um terceiro para apoiar ou assistir a formação ou formulação da vontade do beneficiário, aquele terá que se vincular ao querido e desejado por este e não a padronização por critérios estritamente objectivos. (77).

A função da medida de salvaguarda do beneficiário deve ser dupla: assegurar e promover a autodeterminação do assistido e assegurar o seu cuidado pessoal e patrimonial. A definição dos limites entre um e outro objectivo, apesar de difícil, é determinante para evitar intervenções paternalistas do Estado. De facto, a vinculação funcional ao interesse da pessoa protegida, na sua dimensão subjectiva, pode implicar que se postergue a função de cuidado relativamente a situações de perigo por si criadas, ou que aquela não tem capacidade para remover (78).

⁷⁷ Volker Lipp foca a função da *Betreuung* na organização do cuidado, com vista a suprir as limitações da pessoa que não é capaz de agir sozinha, promovendo a sua participação no comércio jurídico (*Freiheit und Fürsorge*, 51. Ver também Uwe JOHN. *Die Organisierte Rechtsperson. System und Probleme der Personifikation im Zivilrecht*, Berlin: Duncker und Humblot, 1977, 74 s.; e Hans-Martin PAWLOWSKI. *Allgemeiner Teil des BGB. Grundlehren des bürgerlichen Rechts*, 5. neubearbeitete Auflage, Heidelberg: C.F. Müller, 1998, 63).

⁷⁸ Volker LIPP. *Freiheit und Fürsorge*, 77.

Mas, ancorando esta asserção nos valores da igualdade, da proporcionalidade e do cuidado, não pode defender-se uma intervenção por critérios objectivos, derogando a vontade e interesses subjectivos do beneficiário. O termo de comparação terá que ser referente à liberdade de consentimento de que goza a pessoa não assistida. A esta é reconhecida autonomia para consentir ou acordar numa auto ou hetero-lesão dos seus interesses, desde que isso não prejudique terceiros ou não ofenda os bons costumes ou a ordem pública (79).

Neste sentido, ao beneficiário terá que ser reconhecida igual faculdade, para consentir ou dissentir numa intervenção, por terceiros, sobre a sua pessoa (80), ainda que no momento se encontre limitada na sua competência volitiva ou intelectual. Exige-se, por isso, o respeito pelo princípio da proporcionalidade na adequação dos limites do cuidado(81). A indeterminação do conceito de superior interesse do incapaz é benéfica à prossecução dos seus interesses, bem como necessária à concretização individual da sua margem própria de decisão e actuação.

Toda a actuação sobre a esfera pessoal ou patrimonial do beneficiário terá que ser feita por referência aos interesses, vontade e valores manifestados anteriormente ao fenómeno incapacitante (82). O recurso a critérios objectivos apresenta-

⁷⁹ Jürgen SCHWABE. „Der Schutz des Menschen vor sich selbst“. *JZ* (1998) 66 e s.

⁸⁰ A respeito do dissentimento sobre tratamentos médicos, afirmou o Tribunal Constitucional alemão que os doentes psiquiátricos têm o direito de dissentir de um tratamento médico: “Freiheit zur Krankheit” (Tribunal Constitucional alemão 23.3.1998, *FamRZ* (1998), p. 896).

⁸¹ Dieter SCHWAB. “Strukturfragen des geplanten Betreuungsrechts,” em *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat*, Berlin: Duncker u. Humblot, 1989, 1313; Volker LIPP. *Freiheit und Fürsorge*, 77.

⁸² Neste ponto afigurar-se-ia crucial que norma principal consagrada no

se, como já aludimos, como *ultima ratio*, na ausência de meios para reconstruir a vontade da pessoa incapaz, isto é, na impossibilidade de determinar a vontade presumida da pessoa. Mesmo a objectivização dos critérios de actuação não prescinde de um esforço de avaliação individual desses mesmos critérios, atento o momento e a oportunidade da situação ⁽⁸³⁾.

Na realidade, tanto assim é que aquele que actue como cuidador, seja de facto, seja legal, tem de se conformar com os interesses e desejos do incapaz, vinculando-se à escala de valores deste e não à sua própria ⁽⁸⁴⁾. Os limites a serem estabelecidos à consideração da vontade do incapaz, sê-lo-ão por referência aos limites impostos à pessoa que não padece de uma incapacidade

artigo 140.º fosse antes próxima da proposta do CDF, no seu artigo 140.º:

Interesses do beneficiário

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

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

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

⁸³ Erwin DEUTSCH. “Das therapeutische Privileg des Arztes — Nichtaufklärung zugunsten des Patienten”, *Neue Juristische Wochenschrift* (1980) 1307; Jens-michael KUHLMANN. *Einwilligung in die Heilbehandlung alter Menschen*, Frankfurt am Main: Lang, 1996, 127 s. e 142 s.; Volker LIPP. *Freiheit und Fürsorge*, 50. Este último acentua a necessidade de se proceder a uma ponderação e definição da vontade presumida atento o caso concreto (“*bei Gelegenheit*”).

⁸⁴ Reportando-nos à esfera de actuação médica, a fixação de um critério de decisão individualizado e personalizado tem como consequência que nem sempre a opção médica deve ser uma decisão tomada pelo cuidador (Ana Isabel BERROCAL LANZAROT / José Carlos ABELLÁN SALORT, *Autonomía, libertad y testamentos vitales (Régimen jurídico y publicidad)*, Madrid: Dykinson, 2009, 90).

ou limitação, ou seja, ponderando-se as regras gerais relativas ao consentimento e validade das declarações negociais.

As declarações antecipadas devem vincular a definição do interesse subjectivo da pessoa num momento de incapacidade, desde que ofereçam garantias de certeza e clareza. Cumpridos estes requisitos, não se poderá afastar a vontade então expressamente manifestada pela objectivação de um qualquer critério, pois os critérios de normalidade ou a automática transferência de valores do acompanhante para o beneficiário representam uma coisificação desta última, negando-se a sua plena dignidade ⁽⁸⁵⁾.

O beneficiário é igualmente o primeiro responsável pela decisão, na medida da sua competência para se autodeterminar. Deve ser, assim, salvaguardada, como *prius* metodológico, a actuação do beneficiário a favor de si mesmo, sendo subsidiária a actuação do acompanhante, considerados sempre o risco e relevância do assunto e a capacidade situacional da pessoa para se autodeterminar ⁽⁸⁶⁾.

Coloca-se ainda em questão, neste âmbito, qual o papel da família ou de pessoas próximas, quer no momento da decisão sobre um assunto ou acto na vida da pessoa, quer na concretização do seu superior interesse. Aqueles que se presumem constituírem o círculo de afectos mais próximo do beneficiário são determinantes, quando em causa esteja uma decisão de relevo, para aferir dos interesses subjectivos da pessoa. Mesmo nas situações em que ao acompanhante ou representante não tenham sido atribuídos

⁸⁵ A este respeito, Ronald Dworkin afirma que as pessoas não são bons juízes em causa própria, quanto à definição dos seus melhores interesses, quanto a situações que elas nunca enfrentaram, e, por se tratar de situações limite, a sua vontade e desejos podem drasticamente ser alterados. Contudo, tendo sido manifestada uma vontade prospectiva, o desrespeito da mesma, quando emitida por uma pessoa plenamente capaz, que compreendeu integralmente o seu sentido e efeitos, implicaria a violação do bem jurídico auto-determinação (*Life's Dominion: An argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York: Vintage Books, 1994, 225-229).

⁸⁶ Volker LIPP. *Freiheit und Fürsorge*, 53.

poderes para decidir sobre um determinado assunto (pensemos na situação de uma assistência instaurada para gestão da massa patrimonial, mas em que o estado clínico incapacitante da pessoa a impede de consentir numa intervenção médica arriscada), devem ser ouvidos familiares e pessoas próximas do incapaz, para aferir da vontade deste ⁽⁸⁷⁾. Este dever pode ser ilidido se, por razões de vida, integridade e saúde, não for possível estabelecer um contacto prévio com as pessoas com atribuições e próximas do círculo de vida do protegido.

Por último, essencial na materialização deste princípio e na determinação do critério-guia de actuação é a promoção e desenvolvimento da qualidade de vida e bem-estar da pessoa protegida. Dotar a pessoa de condições e meios de se autopromover e viver autonomamente é o pressuposto essencial para assegurar a plena manifestação da autodeterminação remanescente do incapaz. Por aqui se parte para a materialização do reequilíbrio do beneficiário, promovendo-se a sua igualdade relativamente aos demais cidadãos ⁽⁸⁸⁾.

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

Existem duas normas, a meu ver, muito problemáticas na compatibilidade com o novo paradigma jus-fundamental. A primeira já foi objecto de tratamento e diz respeito à aparente abordagem garantística que encerra em si um perigoso pressuposto de admissibilidade de restrição da capacidade

⁸⁷ Peter BARTLETT. *The Mental Capacity Act 2005*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press, 2008, 55.

⁸⁸ Ronald DWORKIN. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard: Harvard University Press, 2002, 59; António de ARAÚJO. *Cidadãos Portadores de Deficiência*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, 138-140.

jurídica de gozo da pessoa maior. A segunda prende-se com o artigo 148.º do Código Civil. Prevê a norma dispõe, sobre a epígrafe «internamento» e que trataremos *infra*.

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

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

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

Não existe, nem deve ser recuperado, um estatuto objectivo restritivo da capacidade jurídica do beneficiário, esse paradigma

foi superado com a revogação da interdição e inabilitação. Por isso não é função do tribunal determinar o que pode ou não fazer autonomamente, antes em que medida se chama o acompanhante a desempenhar uma função de garante da autodeterminação de interesses do beneficiário. E isto significa que pode ser contra o beneficiário em situações limites. Pensar o contrário — determinar exaustivamente o que pode ou não fazer o beneficiário — significa deslocar, à semelhança das interdições e inabilitações, o eixo legal, representando o mesmo juízo de incapacidade e conseqüente substituição de decisão.

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

Não só no que seria a exigência de prevista no artigo 18.º, n.º 2 e 3 da Constituição quando pensamos no internamento como meio de limitação da liberdade do beneficiário. Desde logo, pela garantia de liberdade e o catálogo fechado de excepções. No caso dos beneficiários, apenas enquadrando na alínea h) do n.º 3 do artigo 27.º da Constituição. Isto significa que não é qualquer local⁸⁹⁾. Ainda assim não ficam resolvidos os problemas da norma que parca no seu conteúdo, nem tão

⁸⁹⁾ Os direitos fundamentais não prescindem da necessidade e justificação da intervenção pública na protecção do beneficiário contra a sua auto-colocação em risco por razões de saúde mental (BVerfGE 58, 208, p. 224 s.). No mesmo sentido o artigo 12.º da Lei de Saúde Mental e a permissão constitucional prevista no artigo 23.º, n.º 3, alínea h) da Constituição. No entanto é necessário que tal intervenção se apresente como *ultima ratio* perante a impossibilidade ou dificuldade em encontrar medidas menos restritivas e que sejam idóneas a assegurar a protecção do beneficiário. A possibilidade de limitação da liberdade do beneficiário apenas será possível perante a ausência de opções idóneas e de uma afecção à capacidade de agir do beneficiário que o impeça de compreender e decidir livremente sobre o comportamento que coloque em causa os seus interesses (BGH, Beschluss vom 17.08.2011, XII ZB 241 / 11, *BtPrax — Betreuungsrechtliche Praxis* (2011) 259-260).

pouco almeja a garantia e conteúdo de uma cláusula geral. No entanto a base principal determina o critério a seguir, desde logo que não pode resultar de uma restrição da liberdade da pessoa contra a sua vontade. A decisão terá que se fundar na necessidade de tutela de direitos e interesses relevantes do beneficiário para os quais o internamento é o meio adequado e idóneo à sua salvaguarda. A isto acresce a obrigatoriedade de ser em instituição adequada a alcançar os fins que fundam o internamento e por tempo limitado. Valem com toda a pertinência as considerações da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos a respeito dos artigos 3.º e 5 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, bem como os artigos 14.º e 15.º da Convenção.

Podemos igualmente alargar o seu âmbito para as situações em que o acompanhante pretende alterar a residência do beneficiário. Esta alteração produz um impacto substancial na vida a pessoa e deverá ser sindicada como meio de acautelar o respeito pela vontade e prossecução dos interesses do beneficiário. Em termos processuais, a admissibilidade da pretensão do acompanhante parte da verificação do primeiro pressuposto, a incapacidade de decidir autonomamente do beneficiário (assim resulta da dignidade da pessoa humana, artigo 1.º, igualdade, artigo 13.º, direitos ao livre desenvolvimento da personalidade e capacidade civil, artigo 26.º, n.º1 e 4, direitos de pessoas com deficiência, artigo 71.º, n.º1 e direito à habitação das pessoas de terceira idade, artigo 71.º, todos da Constituição) ⁽⁹⁰⁾.

⁹⁰ A intervenção contrária à vontade do beneficiário e ausência de capacidade para este reagir judicialmente contra a medida viola os artigos 6.º e 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, quando não se permite àquele reagir contra medidas que implicam uma intromissão e conseqüente restrição aos seus direitos fundamentais. Neste sentido veja-se *Shtukaturov c. Rússia*, req. 44009/05. Veja-se ainda o *A.N. c. Lituânia*, req. 17280/08, onde reforça a necessidade de garantias procedimentais de defesa e de audição do beneficiário em processo que pressupõe a restrição da sua capacidade, em termos do artigo 6.º, bem como a violação do arti-

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

No acórdão do Tribunal Constitucional alemão ⁽⁹¹⁾ foi expressamente aduzido que uma medida restritiva da liberdade, como o internamento, mesmo quando autorizada pelo *Betreuer* não perde a sua natureza e propensão restritiva, pelo que justifica o controlo prévio das decisões por ele tomadas ⁽⁹²⁾. Daí, continuando a seguir o aresto, o artigo 12.º, n.º 4 da Convenção impõe aos Estados a obrigação de adequar o Sistema de suficientes garantias para a salvaguarda de autodeterminação e reconhecimento de capacidade jurídica. A isto acresce a

go 8.º por não ter sido ouvido pessoalmente pelo tribunal no processo de restrição da sua capacidade.

⁹¹ Tribunal Constitucional alemão (NJW 2011, beck-online) p. 2113.

⁹² No âmbito das intervenções restritiva da liberdade do beneficiário em situação de internamento veja-se o acórdão do Tribunal Constitucional alemão, decisão de 10.02.1960 — 1 BvR 526/53, 29/58. NJW 18 (1960) 811-813.

protecção contra conflitos de interesses entre o beneficiário e o acompanhante e contra riscos de abusos, assegurando uma intervenção proporcional⁽⁹³⁾. *Daí a justificação da intervenção compulsória ter que resultar de uma concreta necessidade e se fundar numa deficiente formação de vontade idónea a autodeterminar os interesses e para proteger interesses relevantes para o beneficiário* ⁽⁹⁴⁾. *Uma protecção contra si próprio que não é absoluta e contra qualquer perigo, em especial perante alguém com capacidade bastante para compreender e autoconformar o seu comportamento e aceitar em sede responsabilidade própria as consequências dessa decisão.* Tal é importante para limitar intervenções abusivas pela mera invocação de *comportamentos* desviantes ou fora da norma, estes só assumem foros de juridicidade para efeitos e justificação do acompanhamento na medida da falta de capacidade para formar exteriorizar uma vontade no exercício da sua liberdade. Continuando a seguir o acórdão alemão, a relação de acompanhamento não confere soberania ao Estado de impor uma norma de comportamento e, qual instrumento de agressão, corrigir e colocar o beneficiário de acordo com a norma ou convenção social ⁽⁹⁵⁾.

Reiteramos: o sistema é garantístico e não restritivo, pelo que não se pode restringir, sem mais, a capacidade do beneficiário

⁹³ Tribunal Constitucional alemão (NJW (2011), beck-online) 2113, para. 53.

⁹⁴ Tribunal Constitucional alemão (NJW (2011), beck-online) 2113, para. 54.

⁹⁵ Tribunal Constitucional alemão, NJW 2011, 2113, para. 55. No acórdão de 2015, afirma-se que não assiste poder ao Estado para limitar a liberdade de consciência da pessoa sem um fundamento de um perigo sério e grave para os interesses próprios ou de terceiros (Tribunal Constitucional alemão (1. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 20.1.2015 – 1 BvR 665/14, (NJW 2015, 1666, beck-online). p. 1667).

para decidir, em particular em questões tão sensíveis para os seus direitos fundamentais ⁽⁹⁶⁾ ⁽⁹⁷⁾.

VII. Conclusões

O principal mote conclusivo do nosso artigo não pode deixar de respeitar o que nele se observou, em particular que a técnica legislativa adoptada é desadequada aos direitos e interesses envolvidos e desconforme com o exemplo de outros ordenamentos jurídicos próximos do nosso — em especial o alemão, que declaradamente lhe serviu de referência —, o que cria especiais dificuldades ao intérprete.

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

A utilização de cláusulas gerais afigura-se como uma boa técnica legislativa enquanto critério normativo a concretizar pelo tribunal, mas para que funcione é necessário que se atenda à base principal que subjaz aos direitos em confronto. Esta técnica é, porém, insuficiente perante exigências constitucionais sobre os requisitos de restrição dos direitos, liberdades e garantias. Em particular a norma do internamento, artigo 148.º e a norma sobre a autorização para constituição do acompanhamento, artigo 141.º, devem

⁹⁶ Ver Tribunal Constitucional alemão (NJW 1982, , beck-online)p. 691.

⁹⁷ *Plesó c. Hungria*, para. 38. Neste o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos cita directamente a Convenção das Nações Unidas, ainda que somente o artigo 12.º e não também o artigo 14.º.

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

A respeito do internamento previsto no artigo 149.º, esta decisão deve ser vista como uma forma de controlo da actuação do acompanhante no exercício dos seus poderes adstritos aos cuidados de saúde e bem-estar. Não como um processo alternativo de execução de finalidades adstritas à lei de saúde mental.

Cabe ao leitor deste artigo sindicar e apreciar criticamente todas as propostas de interpretação do novo desenho legal. Para isso é relevante ver o direito de outros ordenamentos e sua evolução, bem como a doutrina que existe sobre o assunto antes da alteração da legislação. O legislador chegou a esta solução, bem ou mal, a partir de um caminho doutrinal e jurisprudencial que já há muito se foi fazendo. Este não pode ser ignorado, em especial quando alguns autores, sobre a manta da novidade, visam recauchutar velhos problemas e velhas doutrinas que se encontram ultrapassadas ou secundarizadas, por aquilo que é o propósito da alteração. Partir do pressuposto, como alguns o fazem, de que nada existia antes e seleccionar a doutrina, em nada contribui para

a discussão doutrinal de um assunto absolutamente essencial à comunidade. Todos nós caminhamos para a dependência e vulnerabilidade (ou já nos encontramos nos encontramos), pelo que todos somos potenciais destinatários deste novo regime e, independentemente da idade, deficiência ou condição médica, somos titulares de iguais direitos e deveres.

Por último, existem equívocos que devem ser desfeitos. A preocupação *geométrica e de nomenclatura* não deve tolher o intérprete e muito menos admitir que ele parta de pré-conceitos. Dizer que existem modelos regulamentares ou *instrumentais* é partir de uma discussão e classificação estéril se não se tem em conta as soluções materiais e que não contribui para a transparência do processo legislativo. Aliás, não compreendemos o que se pretende com a qualificação de *modelos instrumentais* ⁽⁹⁸⁾. Salvo o devido respeito, o nome não determina o regime. Se o projecto do Centro de Direito da Família é instrumental por oposição ao modelo material — aquele que supostamente estará subjacente ao projecto que baseou as actuais soluções legislativas — certamente é porque não se ignora o seu alcance e as soluções nele dispostas.

Aliás, se há pecado original do projecto que veio a dar à luz como lei é a falta de rigor terminológico que choca com a matriz do Código Civil (entre outros, vejam-se «autorização prévia», «livre e conscientemente» ⁽⁹⁹⁾, «autorização judicial

⁹⁸ Segundo o estudo legislativo: «Também instrumentais são o Projeto de Lei n.º 61/XIII (salvaguarda, tutela, curatela e tutela e curatela provisórias) e a Proposta do Centro de Direito da Família (curatela).»

⁹⁹ Tende-se a identificar dois elementos integrantes da vontade: intelectual e volitivo. A vontade depende da formação de uma vontade, ou seja, liberdade de acção pressupõe a aptidão intelectual. Não se fala em liberdade e não existir vontade. Por isso o legislador original do código fala em capacidade de «entender e querer», artigos 257.º, n.º 1, 263.º, 488.º e 2199.º do Código Civil).

prévia e específica.»⁽¹⁰⁰⁾ e ausência de regulamentação em matérias sensíveis para a esfera de direitos do beneficiário (desde logo, questões relativas à capacidade procriativa, interrupção voluntária da gravidez, reserva da vida privada). Pelo que alguma “formalidade” teria certamente sido adequada para compensar a “materialidade” deste projecto.

Mais, encontramos várias redundâncias contrárias à vocação de parte geral do Código Civil. Bem como a inabilidade de determinar o conteúdo normativo e a sua articulação sistemática entre o direito substantivo e processual. Compreendemos as dificuldades num campo onde o entrecruzar das normas materiais e processuais esbate as diferenças no tipo de normas, é um campo de normas muitas vezes híbridas onde a dimensão *administrativa da gestão de interesses* conflui mecanismos simultaneamente de direito substantivo e processual. Em especial, pela associação à tutela jurisdicional efectiva que deve ser garantida ao beneficiário.

No entanto, se tal é assim, que seja o legislador capaz de antecipar estas dificuldades e regulá-las uma única vez e não reproduzir normas em diferentes diplomas, não vá o aplicador se esquecer de articular direito substantivo com direito processual. Exemplos disso são as normas sobre a cumulação de pedidos no artigo 141.º, n.º 3 do Código Civil e artigo 892.º, n.º 2 do Código de Processo Civil e a redundância quanto às normas sobre publicidade (artigo 153.º do Código Civil e artigo 893.º do Código de Processo Civil).

Outro ponto crítico é a abordagem puramente geométrica e de nomenclatura levada a cabo pela lei. A natureza regulamentar ou instrumental apontada ao projecto do Centro de Direito da Família tinha um propósito formal principal e de realização

¹⁰⁰ O carácter espúrio do rigor jurídico que pautava a linguagem cuidada do código civil e que se afirma redundante e, por isso, inútil. Se é autorização é necessariamente prévia, caso contrário estaríamos perante a confirmação.

metodológica. Bem como o termo utilizado «curatela» tinha uma sedimentação e conteúdo normativo próprio e idóneo à concretização do modelo de apoio-assistência. Em particular quando a pretensa comparação não se afigura acertada e correcta perante o conteúdo do dispositivo previsto no BGB e âmbito de matérias incluídas na regulação do FamFG. O projecto do Centro de Direito da Família não se limitou a um transplante inacabado de um instituto estrangeiro, antes avançou com uma solução combinada entre binómio cuidado voluntário e cuidado legal para a resposta às necessidades e idiosincrasias portuguesas. O modelo monista e material a existir — e se tal é relevante em termos de nomenclatura — foi o do projecto do Centro de Direito da Família, onde a preocupação de garantir os direitos e interesses do beneficiário foram a pedra de toque de todo o edifício proposto.

Basta ver a leveza como na lei se consagram normas sobre restrição da liberdade do beneficiário sem concretizar os pressupostos que justificam a decisão do acompanhante e sem previsão de processo especial; a ausência de uma articulação do regime do Código Civil com a lei de saúde mental e dimensão de coordenação e acompanhamento contínuo; a falta de regulação de matérias sensíveis como a reserva da vida privada, o segredo e direitos reprodutivos, entre outros ⁽¹⁰¹⁾. A respeito dos direitos reprodutivos a falta de coragem do legislador resvala para a vulnerabilidade do estatuto da pessoa maior. Manter intocado o artigo 142.º do Código Penal e não prever uma regra própria sobre os limites do acompanhante em matéria de saúde

¹⁰¹ Desta feita, não podemos deixar de reparar que a colagem que se pretendeu é infundada, assim como mostra que o estudo legislativo pecou pela ausência de uma abordagem além de um único modelo que, como vimos, é também objecto de críticas. Logo, recuso a qualificação e consideração formulada por Nuno Luís Lopes Ribeiro e a sua adesão acrítica ao «Estudo legislativo», *O maior acompanhado — Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, O Novo regime jurídico do maior acompanhado*, [em linha] Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. consultado em 14 de Fevereiro de 2019. p. 76.

reprodutiva demonstra uma omissão grave na concretização de um sistema garantístico, em particular perante a preservação de representação *ex lege* ⁽¹⁰²⁾ quando deveria ser o próprio modelo de acompanhamento a dar uma resposta clara a esta magna questão.

Vencida a espuma da torrente da novidade, os grandes desafios com que o aplicador se confronta são a constituição e recorte da medida, num primeiro momento, e a dinâmica da nova relação jurídica, num segundo. É necessário concretizar o feixe de vínculos emergentes da complexidade da relação, em especial o âmbito de competência da intervenção de cuidado pelo acompanhante. É no exercício dos poderes-deveres do acompanhante que os grandes desafios do instituto do maior acompanhado se irão colocar ao aplicador, em especial na necessidade de assegurar o exercício daqueles para inclusão do beneficiário no autogoverno dos seus interesses e afastar os riscos de subordinação do beneficiário à vontade do acompanhante. Pena, por isso, que alguma doutrina se mantenha arreigada à comparação dos efeitos da incapacidade do decretamento da medida de acompanhamento com a incapacidade de agir.

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

¹⁰² Transcrevendo o artigo 142.º, n.º 5 do Código Penal: «5 — No caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos ou psiquicamente incapaz, respectiva e sucessivamente, conforme os casos, o consentimento é prestado pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral.»

delimitando, assim, os poderes funcionais do acompanhante.

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

O sistema do maior acompanhado tem que se construir enquanto realização da garantia de liberdade de autodeterminação de interesses do beneficiário e tutela contra intervenções paternalistas e heterodeterminadas dos interesses daquele⁽¹⁰³⁾. A não se alcançar este desiderato, a se limitar a uma aplicação estritamente formalista ou adaptada de velhas práticas e métodos, estaremos a corporizar a privação de direitos civis de pessoas a quem o Estado tem uma obrigação fundamental de assegurar efectivamente a sua não discriminação e a concretização da sua plena dignidade.

Posto isto, o novo regime deve consagrar um estatuto de garantia e protecção dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência onde a distinção entre direito público e privado não é essencial⁽¹⁰⁴⁾. Devem estes ser vistos como duas faces

¹⁰³ Volker LIPP. „Rechtliche Betreuung“, 51-56, p. 56.

¹⁰⁴ Guido ALPA. *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, Bologna: Il Mulino, 2018, 570-571.

da mesma moeda que, na garantia de harmonia interna do sistema, assegurem o pleno desenvolvimento e afirmação da pessoa com deficiência e não sirvam de fundamento de subalternização desta.

