



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Hélia Margarida Gaspar Costa

**A LEI N.º 49/2018, DE 14 DE AGOSTO
O RELEVO DA VONTADE DO
ACOMPANHADO**

VOLUME 1

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses
orientada pela Professora Doutora Ana Mafalda Castanheira
Neves de Miranda Barbosa apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra**

Janeiro de 2023



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Hélia Margarida Gaspar Costa

A LEI N.º 49/2018, DE 14 DE AGOSTO
O RELEVO DA VONTADE DO ACOMPANHADO

LAW 49/2018, AUGUST 14th: The Relevance of the
will of the person with disabilities

*Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses orientada pela
Professora Doutora Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

Janeiro de 2023

Agradecimentos

Um projeto como o que se apresenta é uma jornada intensa, estimulante – intelectual e emocionalmente – e coberta de um desejo de ser mais e melhor. É um desafio académico, profissional, mas sobretudo pessoal. Há uma ânsia de superação interior. Apesar de dar por terminada a presente Dissertação tenho em mim um sentimento de insatisfação por haver muito mais a dizer.

Com a elaboração de um trabalho desta índole vem tempo de família abdicado, horas de descanso e lazer preterido e um sentimento de solidão que só com a colaboração de várias pessoas foi superado. Nesse sentido, e por terem feito deste período um período mais colorido vejo-me obrigada a agradecer:

A todos os professores que me incentivaram a ter espírito crítico, tão importante que foi nesta viagem.

À Doutora Mafalda Miranda Barbosa que desempenhou o papel de Orientadora de forma exemplar. Obrigada pela transmissão de conhecimento, pela atenção dispensada, pela prontidão na resposta, e pelo estímulo à reflexão.

Ao meu companheiro de vida. Obrigada por toda a paciência, apoio, generosidade e por me clarificar a mente quando a confusão nela se instaurava.

Aos meus pais. Obrigada pelo esforço, interesse e pelo ânimo que me traziam nos dias mais cinzentos.

Ao Dr. Hélder Batista por estar sempre do meu lado e me socorrer nos períodos mais agitados. Obrigada pelo incentivo, pela disponibilidade, pela paciência e por ter sempre acreditado em mim.

Ao corpo de bombeiros de Ortigosa e, em especial, à minha amiga Júlia. Obrigada pela disponibilidade e gentileza que tiveram comigo quando o trabalho apertava.

Resumo

A rigidez e inflexibilidade do regime da interdição e inabilitação levou à adoção de um novo regime – o regime do maior acompanhado. Neste sentido, procurou-se privilegiar a autodeterminação, vontade e as concretas necessidades do beneficiário da medida de acompanhamento ao invés de um regime que não se adaptava às reais exigências do sujeito.

Tencionou-se criar um dispositivo normativo aberto a todas as situações responsáveis pela impossibilidade de um sujeito exercer plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos e cumprir os seus deveres, e que tivesse em consideração o seu livre-arbítrio. A dignidade humana inerente a todos justifica a importância e êxtase deste no novo regime. São diversos os pontos em que tal se manifesta e que explanaremos: na escolha do acompanhante, no conteúdo do acompanhamento, na necessidade de audiência pessoal e direta do beneficiário, no internamento, nos atos do acompanhado, no mandato em previsão do acompanhamento e numa situação de conflito de interesses.

A elaboração deste novo regime e a substituição do modelo monista anteriormente consagrado parece permitir atender a uma realidade multivalorativa e reconhecer a necessidade de adaptar todo o regime à situação concreta do sujeito, e não o inverso. Ademais, a alteração dos nominativos - interdito e inabilitado - aparenta atenuar o estigma e preconceito associado a um sujeito com capacidade diminuída. Ao fim ao cabo, todas as alterações culminaram num regime que, em primeira análise, atenderá à vontade do acompanhado e respeitará a sua autodeterminação.

Não obstante, para a sua melhor compreensão, entendemos oportuno partir do regime substantivo do regime para expor a importância dada à vontade do acompanhado, que tanto se almeja, e concluiremos pelos seus pontos fortes e fraquezas.

Palavras-chave: Maior Acompanhado; Vontade; Autodeterminação; Dignidade humana.

Abstract

The rigour and inflexibility of the Interdiction and Disqualification Regime led to the adoption of a new regime – The Regime of the person with disabilities. In this sense, an effort was made to favor self-determination, will and the concrete needs of the beneficiary of the accompanying measure, rather than a regime that did not adapt to the subject's real requirements.

The intention was to create a normative device open to all situations responsible for the impossibility of a subject to exercise his rights and fulfill his duties, and which would consider his free will fully, personally, and consciously. The human dignity inherent to all justifies the importance and ecstasy of this in the new regime. There are several points in which this manifests itself and which we will explain: in the choice of the companion, in the content of the accompaniment, in the need for personal and direct hearing of the beneficiary, in the family council, in the hospitalization, in the acts of the accompanied one, in the mandate in forecast monitoring and in a situation of conflict of interests.

The elaboration of this new regime and the replacement of a monist regime seems to allow to attend to a multivalued reality and recognizing the need to adapt the entire regime to the subject's real situation and not the opposite. Furthermore, changing the nominative concepts - interdicted and disqualified - seems to mitigate the stigma and prejudice associated with a subject with reduced capacity. In the end, all these changes culminated in a regime that, in the first analysis, will attend to the will of the accompanied person and respect his self-determination.

However, for your better understanding, we consider it opportune to start from the substantive regime to expose the importance given to the will of the companion, which is so desired, and we will conclude by its strengths and weaknesses.

Keywords: Person with disabilities; Will; Self-determination; Human dignity.

Índice

Resumo	2
Abstract	3
Introdução	5
1. Do regime de interdição e inabilitação ao acompanhamento de maior	7
1.1 A interdição e inabilitação – regime substantivo	8
1.1.1. Breve análise do artigo 127.º do Código Civil – exceções à incapacidade dos menores	9
1.1.2. Adversidades no regime da interdição/ inabilitação	11
1.2 Dignidade humana	13
2. O alcance da vontade no regime do maior acompanhado	17
2.1. Escolha do acompanhante	18
2.1.1. Escolha do acompanhamento pelo acompanhado	18
2.1.2. Mandato em previsão do acompanhamento	20
2.1.3. Escolha do acompanhante pelo Tribunal	24
2.2. Escolha das medidas de acompanhamento	26
2.2.1. As medidas de acompanhamento agravadas	30
2.2.2. A audiência pessoal e direta do beneficiário é (sempre) obrigatória?	35
2.3. Internamento	39
2.4. Conflito de interesses	45
Conclusão	47
Bibliografia	51
Jurisprudência	57

Introdução

Julgamos ser primordial o desenvolvimento, a crítica e o aprofundamento daqueles que foram os motivos que levaram à mudança de paradigma. Neste sentido, ao delimitarmos primeiramente o anterior regime, logramos identificar as alterações introduzidas, para podermos comparar as soluções consagradas e, assim, concluir acerca da sua eficácia por referência ao objetivo principal que levou a tal mudança – o reconhecimento da autonomia e da vontade do acompanhado.

Para isso, iniciaremos um percurso lógico argumentativo que nos conduzirá à exequibilidade das normas do regime e à sua adequação com o escopo que as mesmas pretenderam alcançar. Examinaremos todos os aspetos relevantes no regime do maior acompanhado que confrontam com a dignidade humana do beneficiário da medida de acompanhamento e concluiremos pela concretização da finalidade, de forma apropriada ou não.

Deste modo, o relevo da vontade do acompanhado na escolha do acompanhante será a predileção na determinação da pessoa a quem incumbirá o exercício das medidas de acompanhamento. Porém, questões dele advêm: o que significa “interesse imperioso do beneficiário”, a sua vontade presumível, o mandato em previsão do acompanhamento, a escolha do acompanhante pelo Tribunal, a proibição de escusa da função e a possibilidade de o Tribunal preterir da vontade do acompanhado.

Partiremos também à descoberta do significado do princípio da proibição do excesso, da necessidade, proporcionalidade e adequação para compreender a forma como as medidas de acompanhamento são determinadas. Analisaremos ainda a equidade – método a aplicar pelo juiz na escolha das medidas de acompanhamento –, a questão dos atos pessoais e a obrigatoriedade (ou não) da audiência pessoal e direta do beneficiário por forma a averiguar a situação concreta do acompanhado e, dessa forma, adaptar as medidas às reais necessidades do sujeito.

Posto isto, realça-se a questão do internamento (compulsivo), estabelecendo-se em que medida o mesmo se mostra necessário e não violador da liberdade e autodeterminação do acompanhado. Alude-se, neste sentido, à visão utilitarista dos médicos psiquiatras e noutro ângulo, à perspetiva constitucional.

Ademais, quando decretada uma medida de acompanhamento haverá que atender tão só aos interesses do maior que se pretende ver acompanhado. Assim, deverá o acompanhante abster-se de agir em conflito de interesses com os daquele. Nesta medida, discute-se a nomeação de um sujeito integrado na instituição onde se encontra o beneficiário e as consequências (não possíveis de se aplicar na sua totalidade) do não acatamento da norma que visa obstar à situação de conflito.

Desta forma projeta-se alcançar as dificuldades práticas do novo regime e descortinar possíveis soluções para as adversidades apresentadas.

1. Do regime de interdição e inabilitação ao acompanhamento de maior

A Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto revogou os institutos jurídicos da interdição e inabilitação, dando origem ao regime do maior acompanhado, plasmado, atualmente, nos artigos 138.º e seguintes do Código Civil.

Note-se que, a mudança de paradigma – do regime de inabilitação e interdição ao acompanhamento de maior – operou, grosso modo, pela mudança de regime: do dualista para o monista, e pela mudança de um modelo instrumental, onde se parte das consequências a aplicar e só *a posteriori* é que se enquadra a situação em particular, para um modelo material, onde se atenta, primeiramente, à situação em concreto e só posteriormente são decididas as medidas de acompanhamento a adotar.

Neste quadro, “a opção pelo regime monista permite ultrapassar a conotação excessivamente negativa”¹ atribuída ao dualista. Este “mostra-se com maior probabilidade de abarcamento da multiplicidade de situações clínicas em causa, permitindo e obrigando uma especial adequação das limitações de direitos concretamente aplicadas ao sujeito maior e obrigando a uma fuga à tipificação que tanto é criticada”²

Porém críticas teceu Pedro Pais de Vasconcelos: “o regime do maior acompanhamento cria a aparência de ser um regime monista, mas sem que efetivamente o seja. O que temos é apenas um nome em lugar de dois nomes, sendo que o peso do *nomem* na interpretação e qualificação é – efetivamente – de tal modo relevante, que a redução ao um único nome cria essa aparência.”³

Na verdade, como poderemos verificar adiante, o juiz na aplicação do regime terá de destrinçar os dois grandes ângulos já descritos no regime inabilitação/interdição: os sujeitos que padecem de incapacidade para tratar de assuntos relativos à sua pessoa e aqueles que padecem de incapacidade para tratar de assuntos relativos ao seu património, por forma a

¹ RIBEIRO, Nuno. (2019). *O maior acompanhado – lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, o novo regime do maior acompanhado* em “O novo regime jurídico do maior acompanhado”. Centro de Estudos Judiciários. Formação continua. Lisboa. P. 85. Em: https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=_nsidISl_rE%3D&portalid=30

² Ibidem. P. 86

³ VASCONCELOS, Pedro. (2019). *Maior acompanhado, “direitos pessoais” e negócios da vida corrente* em “Direito das pessoas com deficiência”. Centro de Estudos Judiciários. Formação continua. Lisboa. P. 127. Em: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=eU9GO-8VIDE=&portalid=30>

determinar o conteúdo do acompanhamento, proporcionalmente, adequadamente, e restringindo-se ao necessário.

1.1 A interdição e inabilitação – regime substantivo

Em princípio, “aquele que perfizer dezoito anos de idade adquire plena capacidade de exercício de direitos, ficando habilitado a reger a sua pessoa e a dispor dos seus bens”⁴. O legislador definiu, por considerar ser aos dezoito anos de idade, a idade em que as pessoas adquirem o discernimento e maturidade necessária para reger a sua própria vida, o momento para estes alcançarem a sua capacidade de gozo e de exercício de direitos. Como define Guilherme Moreira a capacidade de exercício é “susceptibilidade do exercício pessoal dos poderes que por lei são atribuídos a uma pessoa”⁵ ou como refere Cunha Gonçalves “em causa está uma compreensão da realidade jurídica *in actu*”⁶. Por outro lado, vários autores identificam a capacidade de gozo com personalidade jurídica, implicando-se mutuamente: “não se pode ter personalidade e ser-se inteiramente desprovido de capacidade. Nem o contrário. O que pode é ser mais ou menos circunscrita a capacidade jurídica de uma pessoa; e quando se alude à possibilidade deste fenómeno e aos termos em que ele se verifica, usa falar-se antes de capacidade que de personalidade”⁷.

Garantir àquele que por razões de saúde, deficiência, ou em razão do seu comportamento, se encontra impossibilitado de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos e cumprir os seus deveres, ter uma vida digna, e um tratamento condigno, é indispensável, o pressuposto essencial e o suporte do regime.⁸

Nesse conspecto, anteriormente à Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, tal proteção era efetivada pelo regime da interdição e inabilitação, que passaremos a explicar.

⁴ Artigo 130.º do Código Civil.

⁵ GONÇALVES, Diogo Costa. (2015). *Personalidade vs Capacidade Jurídica - um regresso ao monismo conceptual?* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 75 - Vol.I/II – Jan/Jun. Lisboa. P.127. Em: <https://www.oa.pt/upl/%7Ba1bc248a-bd79-453c-8f3c-4520273bf412%7D.pdf>

⁶ Ibidem P.128

⁷ ANDRADE, Manuel de. (1997). *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, P. 30-31. *apud* GONÇALVES, Diogo Costa. (2015). *Personalidade vs Capacidade Jurídica - um regresso ao monismo conceptual?* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 75 - Vol.I/II – Jan/Jun. Lisboa. P. 130. Em: <https://www.oa.pt/upl/%7Ba1bc248a-bd79-453c-8f3c-4520273bf412%7D.pdf>

⁸ Ideia retirada do artigo 9.º, alínea d) da Constituição da República Portuguesa.

Por um lado, de acordo com o artigo 138.º do anterior regime, “podem ser interditos do exercício dos seus direitos todos aqueles que por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira se mostrem incapazes de governar suas pessoas e bens”, sendo este, de acordo com o artigo seguinte, “equiparado ao menor”.

Por outro, inabilitados eram considerados, de acordo com o artigo 152.º do regime anterior à alteração do Código Civil “os indivíduos cuja anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, embora de carácter permanente, não seja de tal modo grave que justifique a sua interdição, assim como aqueles que, pela sua habitual prodigalidade ou pelo abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, se mostrem incapazes de reger convenientemente o seu património.”

Extrai-se do enunciado normativo anterior que o regime da interdição deve operar apenas como medida de última *ratio*, aplicando-se, primordialmente, o regime da inabilitação. Assim, aplicar-se-ia o regime da interdição se o sujeito não detivesse capacidade para reger o seu património e a sua pessoa.

O inabilitado seria assistido por um curador. Seria este o responsável pela concessão de autorização para atos de disposição de bens entre vivos e outros especificados na sentença (se tal suceder), e ainda, poder-lhe-ia ser concedida a administração do património (em todo ou em parte), com a inerente responsabilidade legal de prestar contas. Neste regime, ao contrário do que sucede na interdição, o inabilitado poderia, em princípio, administrar o seu património. O interdito, sendo sujeito às disposições que regulam a incapacidade por menoridade e fixam os meios de suprir o poder paternal, estaria sujeito a tutela, não podendo administrar o seu património (exercer os seus direitos).⁹

1.1.1. Breve análise do artigo 127.º do Código Civil – exceções à incapacidade dos menores

No entendimento de Menezes Cordeiro¹⁰ seria de aplicar, por analogia, o disposto no artigo 127.º do Código Civil permitindo ao menor, e neste caso ao interdito, a prática de negócios

⁹ Dado que é equiparado ao menor (artigo 123.º Código Civil).

¹⁰ CORDEIRO, António Menezes. (2004). *Tratado de Direito Civil Português*. Vol. I, Parte Geral – Tomo III – Pessoas, Coimbra, Almedina. P. 204 *apud* BESSA, Ana Rita Moreira (2018). *O atual regime jurídico da*

jurídicos próprios da vida corrente. João Correia Conde¹¹, ademais, considerava ser de aplicar o disposto no artigo 1878.º, n.º 2 afirmando que “se o menor deve obediência ao tutor, este, de acordo com a maturidade do tutelado, deve ter em conta a sua opinião em assuntos importantes e reconhecer-lhe autonomia na organização da própria vida”, o que “implica que a tutela de maiores se exerça de modo a que seja dado espaço de realização à capacidade concreta do interdito.”¹²

Entendemos que as analogias operadas por estes autores consubstanciavam uma aproximação à realidade que se avizinhava. A sua não aplicação “representava o afastamento da pessoa com deficiência do comércio jurídico e desta forma uma discriminação arbitrária atentatória da sua dignidade ou promover a sua exclusão social, política e jurídica face às demais pessoas.”¹³

Não obstante, ainda que ao anterior regime lhe fossem aplicáveis as exceções presentes no artigo 127.º do Código Civil, este não atendia, integralmente, à idoneidade ou aptidão concreta do sujeito, não se permitindo, dessa forma, lograr uma solução justa e protetiva. Como afirma António Pinto Monteiro, “a interdição é uma medida radical e rígida, que não corresponde a um «fato à medida»”,¹⁴ embora já se reconhecesse a gradação da autonomia do menor/ interdito, e se reconhecesse que a incapacidade se orienta por uma ideia de necessidade e proporcionalidade.

Neste sentido, “o recurso aos conceitos indeterminados (“por seu trabalho”, “disposições de bens, de pequenas importâncias”, “negócios relativos à profissão, arte ou ofício”) e as

interdição e da inabilitação. Uma reflexão crítica. Tese de mestrado em Ciências Jurídico-Forenses. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. P. 29.

¹¹CORREIA, João Conde. (2013) *Intervenções legais como forma de proteger o doente com patologia dual.* Revista do Ministério Público, Ano 34, N.º 134, SMMP, Abril/Junho, P. 77 e 78, *apud* BESSA, Ana Rita Moreira. (2018). *O atual regime jurídico da interdição e da inabilitação. Uma reflexão crítica.* Tese de mestrado em Ciências Jurídico-Forenses. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. P. 29.

¹² BESSA, Ana Rita Moreira (2018). *O atual regime jurídico da interdição e da inabilitação. Uma reflexão crítica.* Tese de mestrado em Ciências Jurídico-Forenses. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra. P. 29.

¹³ RIBEIRO, Geraldo Rocha. (2016). *Notas sobre as incapacidades jurídicas previstas no Código Civil à luz do artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das pessoas com deficiência* em Direito das pessoas com deficiência. Centro de Estudos Judiciários. Formação contínua. Lisboa. P. 16. Em: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=IGItuIOgJGI%3D&portalid=30>

¹⁴ MONTEIRO, António Pinto. (2017). *O Código Civil Português entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro*, Volume comemorativo do cinquentenário do Código Civil Português *apud* BARBOSA, Mafalda Miranda. (2018). *Maiores Acompanhados: da Incapacidade à Capacidade?* Revista da Ordem dos Advogados. Ano 78 - Vol. I/II - Jan./Jun. Lisboa P. 234.

potencialidades abertas pela racionalidade de pendor analógico que perpassa toda a realidade do direito (a permitirem mobilizar a norma para além do seu sentido literal) garantem um justo equilíbrio entre a salvaguarda da autonomia do menor, a necessidade de tutela deste e a proteção da segurança jurídica.”¹⁵ (Parênteses nossos.) Apesar de tal proteção não bastar para acautelar os interesses do acompanhado: as medidas continuariam a não ser adaptadas às reais necessidades do sujeito.¹⁶

1.1.2. Adversidades no regime da interdição/ inabilitação

Fora amplamente discutida a conformidade constitucional do regime da interdição e inabilitação em face, designadamente, do princípio da dignidade humana. Dispõe o artigo 13.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”, acrescentando que os cidadãos portadores de deficiência física ou mental, “gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição”.¹⁷ E, como oportunamente verificado, o anterior regime orientava-se para uma “tendencial paralisação do seu agir jurídico”.¹⁸

Para além do mais, ao contrário do regime atual, que consagra, de forma genérica, os fundamentos (embora sejam estes exaustivos) para que um sujeito careça de tal proteção - razões de saúde, deficiência ou comportamento¹⁹ - o anterior regime apresentava um leque

¹⁵ BARBOSA, Mafalda Miranda. (2014). *Breves reflexões em torno do art. 127.º do Código Civil*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. P. 31.

¹⁶ A causa da não adequação das medidas ao sujeito com capacidade diminuída prende-se com razões de índole sistemática relacionadas com o regime da interdição. Aos sujeitos é reconhecida capacidade até ao ponto em que este não seja capaz de, autonomamente, salvaguardar os seus interesses. Ao aplicar-se o disposto na alínea a) do artigo 127.º do Código Civil os interditos teriam capacidade para celebrar atos de administração ou disposição, o que, em alguns casos se mostra uma medida desajustada. Mesmo que o artigo 127.º fosse aplicado analogicamente apenas em alguns casos – aqueles em que o sujeito tem capacidade para praticar certos atos – a redação do artigo citado daria uma liberdade total para a sua prática, não se atendendo às necessidades reais e protetivas do sujeito. Ter-se-ia que, no tocante aos interditos, operar uma correção da norma, não sendo possível uma assimilação do preceito por concretização: é que, em rigor, só deveriam ser considerados válidos os atos do interdito que tivessem como objeto bens adquiridos com o seu trabalho, desde que este tivesse ocorrido já no período de interdição. Sobre o ponto, cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda. (2014). *Breves reflexões em torno do artigo 127º CC*”. Boletim da Faculdade de Direito, vol. XC, tomo II. Coimbra. P. 685 e ss.

¹⁷ Artigo 71.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

¹⁸ VÍTOR, Paula Távora. (2018). *Os novos regimes de proteção das pessoas com capacidade diminuída*, em *Autonomia e Capacitação: os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência*. Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Porto. P.126. Em: <https://cije.up.pt/pt/e-books-e-special-issues/autonomia-e-capacitacao-os-desafios-dos-cidadaos-portadores-de-deficiencia/>

¹⁹ Artigo 138.º do Código Civil

taxativo²⁰. E, “a rigidez do típico conceito jurídico, tão do agrado do nosso legislador, é incompatível com um sistema multivalorativo, com um sistema que opera através da relação de semelhança entre particulares que permite a qualificação e que só funciona através de argumentos analógicos, e é também incompatível com a imprecisão da informação sobre as propriedades e as relações de semelhança”.^{21 22}

Deste modo, certos princípios constitucionais não eram integralmente atendidos: não se acolhia o princípio da igualdade, dignidade social, proibição de discriminação negativa²³, nem os princípios de restrição mínima às liberdades e garantias²⁴. Por esse motivo, inexistiria respeito pela autonomia pessoal.²⁵

Assim, o regime anterior ao não preconizar pela adequação das medidas ao caso concreto, sendo inflexível e inadaptável, e ao não atender à vontade do sujeito, à sua autonomia e interesses contemplaria um regime rígido e inconstitucional.

Após a Proposta de Lei sobre a Condição Jurídica das Pessoas Maiores em Situação de Incapacidade²⁶, entendeu-se que não se deveria limitar os critérios admitidos para decretar qualquer medida de interdição ou inabilitação. Deveria acolher-se os contributos das ciências médico-psiquiátricas, e proceder-se a um “enquadramento jurídico com soluções que

²⁰ Embora se entenda que a taxatividade tem em si a vantagem de certeza jurídica e de estabilidade. Todavia, a evolução social obriga, cada vez mais, a “ajustar e fazer evoluir a lei no sentido de a levar ao encontro das mudanças e das particularidades das situações da vida” através da utilização de conceitos indeterminados. Cfr. MACHADO, João Baptista. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. 19.^a reimp.. Coimbra, Almedina, *apud*, SOREIRA, Ivone. (2020). O conceito de pessoa relacionada com o devedor. A taxatividade – ou não – do artigo 49.º do Código da Insolvência e da Recuperação de empresas. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. P. 47. Em: https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/92794/1/Tese_IvoneCastroSoreira.pdf

²¹ VASCONCELOS, Pedro (2019). *Maior acompanhado, “direitos pessoais” e negócios da vida corrente em “Direito das pessoas com deficiência”*. Centro de Estudos Judiciários. Formação continua. Lisboa. P. 6. Em: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=eU9GO-8VIDE=&portalid=30>

²² Apesar do conceito de “anomalia psíquica” – presente no artigo 138.º do anterior regime – ser amplamente discutido na doutrina, cfr. dita o Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 63/2000.C1.S1 de 19-11-2015. Relator: Silva Gonçalves: a “anomalia psíquica compreende qualquer perturbação das faculdades intelectuais ou intelectivas (afectando a inteligência, a percepção ou a memória) ou das faculdades volitivas (atinente quer à formação da vontade, quer à sua manifestação).”.

²³ Artigo 13.º e 26.º da Constituição da República Portuguesa.

²⁴ Artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa.

²⁵ Artigo 72.º da Constituição da República Portuguesa.

²⁶ Disponível em www.centrodedireitodafamilia.org

permitam a consideração da vontade das pessoas com capacidade diminuída, a sua inclusão comunitária e a reversibilidade do seu estatuto”²⁷.

Refere-nos a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nos seus artigos 20.º e 21.º que “todas as pessoas são iguais perante a lei” e, “é proibida a discriminação em razão, designadamente, de deficiência”. Afirma ainda que “a União reconhece e respeita o direito das pessoas com deficiência a beneficiarem de medidas destinadas a assegurar a sua autonomia, a sua integração social e profissional e a sua participação na vida da comunidade”.²⁸ Desta forma é de reconhecer que, como afirma a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, existe uma diversidade de pessoas com deficiência, e que este “é um conceito em evolução”²⁹.

Portugal tendo em vista o acatamento da promessa de assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas com deficiência, adota medidas legislativas com vista à implementação dos direitos reconhecidos na Convenção, reconhecendo, como afirma o disposto no número 4 do artigo 12.º que o “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.”

1.2 Dignidade humana

“A evolução histórica e cultural da deficiência e a mudança de paradigma do modelo médico para o modelo social e holístico (...) obriga ao reconhecimento da dignidade inerente a todos

²⁷ VÍTOR, Paula Távora, RIBEIRO, Geraldo Maciel. (2017). *Proposta de Lei sobre a Condição Jurídica das Pessoas Maiores em Situação de Incapacidade*. Centro de Direito da Família. Lisboa. P. 3. Em <http://www.centrodedireitodafamilia.org/relat%C3%B3rios/2017>

²⁸ Artigo 26.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

²⁹ Alínea e) do preâmbulo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

os seres humanos e ao reconhecimento da sua inaliável capacidade de exercício de direitos fundamentais em igualdade com todas as outras pessoas.”³⁰

Afirma-nos o disposto no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”

Ainda que o conceito “dignidade da pessoa humana” se constitua por formulações amplas, de carácter geral, e no nosso entender, preenchido por valorações individuais, próprias de cada pessoa, este permite-nos, segundo Reis Novais³¹ alcançar os limites às restrições de direitos fundamentais, e, por outro lado, quando tal se mostre possível permite alcançar a forma, a medida e a amplitude das concretas medidas restritivas a adotar. Afirma-nos ainda o Autor que a dignidade humana se traduz numa “garantia da capacidade especificamente humana de autodeterminação e de programação da própria vida”. Por esse motivo, como já mencionado, o anterior regime de interdição e inabilitação foi alvo de desmedidas críticas por se considerar inconstitucional face a tal princípio. “Haverá, em geral, violação da sua dignidade sempre que, sem uma razão justificativa grave e séria, uma pessoa é proibida ou impedida de exercer aquelas capacidades e competências naquilo que têm de mais essencial e premente para o próprio ou quando não lhe é dada oportunidade, dentro das possibilidades e disponibilidades existentes, para as desenvolver.”³² Por esse motivo, surgiu o regime do maior acompanhado, visando dar ao beneficiário “a oportunidade, dentro das possibilidades e disponibilidades existentes, para as desenvolver.”

Dessa forma foi instituído no artigo 145.º do Código Civil que “o acompanhamento limita-se ao necessário”, respeitando doutrina da alternativa menos restritiva³³ e o princípio da necessidade (artigo 145.º, n.º 2 do Código Civil).

³⁰ Mecanismo nacional e monitorização da convenção das nações unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência (2017). *Proposta de lei que estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos antigos institutos de interdição e da inabilitação*. Parecer n.º 6/Me-CDPD/2017. P. 1. Em: https://www.fenacerci.pt/docs/PARECER-6_MeCDPD_P_2017.pdf

³¹ NOVAIS, Jorge Reis. (2014). *Princípios estruturantes de estado de direito*. Coimbra Editora. Coimbra.

³² Ibidem.

³³ “Segundo esta doutrina, a defesa das pessoas com capacidade diminuída deve efetuar-se com a menor restrição possível dos direitos fundamentais, mediante o recurso a instrumentos de proteção que permitam assegurar àquelas o máximo controlo sobre a sua vida.” cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte. *As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres incapacidades e suprimento - a visão do jurista*. Instituto de

A pessoa, nas palavras de Diogo Costa Gonçalves, detém a característica de incomunicabilidade, aludindo à intimidade subsistente do homem como uma “estrutura do seu ser que, ao constituir em si, fechada e, neste sentido, absoluta é incomunicável, impartilhável”³⁴, não sendo possível, neste sentido, aplicar-se um regime de substituição.

Ainda para mais, como refere Jorge Miranda, “a dignidade e a autonomia pessoal são incidíveis”³⁵, e “tal autonomia é justamente o fundamento da dignidade da pessoa humana”³⁶. Nas palavras de Sousa e Brito “a dignidade da pessoa humana está ligada à capacidade ou à potencialidade de autodeterminação, de se escolher livremente, distinguindo entre o bem e o mal, e, assim, à racionalidade.”³⁷

No entanto, “perante tensão dialética entre a vontade e a proteção deverá esta ceder perante aquela, ainda que, não na sua plenitude.”³⁸

Assim, a imposição de limites à autodeterminação individual da pessoa apenas será admissível a título excecional. A premissa exposta por Jorge Reis Novais “não pode o Estado assumir uma função paternalista e impor uma proteção não querida pelo próprio”³⁹ traduz-se na conclusão aludida por Geraldo Rocha Ribeiro de que tal limitação deve ser adotada no “momento de apurar a capacidade do beneficiário e na verificação do pressuposto processual (...) para a intervenção e constituição do acompanhamento.”⁴⁰

Ciências jurídico-políticas e Centro de Investigação de Direito Publico. Lisboa. P. 13. Em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/600-886.pdf>

³⁴ GONÇALVES, Diogo Costa. (2008). *Pessoa e Direitos de Personalidade. Fundamentação Ontológica da Tutela*. Almedina. Coimbra. P. 32.

³⁵ MIRANDA, Jorge. (1999). *A Constituição e a dignidade da pessoa humana*. Didaskalia. Lisboa. P. 473-485. Em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18404/1/V0290102-473-485.pdf>

³⁵ Ibidem.

³⁶ NEIVA, André Luiz de Almeida. (2012). *Autonomia e dignidade da pessoa humana como fundamentos da concepção de justiça em Kant, Hegel, Rawls e Dworkin*. Seminário Interno de Avaliação da Iniciação Científica – PUCRS. P. 2. Em: <https://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/seminarioic/III/241.pdf>

³⁷ ARAÚJO, Cláudia Maria Ferreira das Neves Oliveira. (2021). *O Ministério Público e o regime do maior acompanhado*, em “O Ministério Público e o regime do maior acompanhado.” Formação Ministério Público. Centro de Estudos Judiciários. Lisboa. P. 74. Em: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=gDrsssFLUdE%3D&portalid=30>.

³⁸ Ibidem. P. 76.

³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. (2006). *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*. Coimbra Editora. Coimbra. P. 31 *apud* RIBEIRO, Geraldo Rocha. (2020). *O instituto do maior acompanhado à luz da convenção de Nova Iorque e dos direitos fundamentais*. Julgar Online. P. 14. Em: <http://julgar.pt/o-instituto-do-maior-acompanhado-a-luz-da-convencao-de-nova-iorque-e-dos-direitos-fundamentais/>

⁴⁰ RIBEIRO, Geraldo Rocha. (2020). *O instituto do maior acompanhado à luz da convenção de Nova Iorque e dos direitos fundamentais*. Julgar Online. P. 14. Em: <http://julgar.pt/o-instituto-do-maior-acompanhado-a-luz-da-convencao-de-nova-iorque-e-dos-direitos-fundamentais/>

A evolução histórica da concepção de direitos evidenciada por Puppink permite-nos assistir à mudança ideológica que a construção do Direito experienciou. Assim, “de forma paradoxal, se os direitos humanos tinham servido para proteger o Homem das ideologias, a definição do Homem passa, com estes novos direitos, a estar novamente dependente do poder da vontade, num regime que enaltece o indivíduo”⁴¹. Por seu turno, entende-se a autonomia como o âmago do regime e a liberdade como condição geral da dignidade.

Não obstante, reconhece-se que a vontade livre conferida pela dignidade da pessoa humana “tipicamente e em razão da natureza, a um sujeito único e irrepetível” não possa ser atuada sempre, ou com a mesma intensidade e o mesmo modo.⁴² Por esse motivo, o regime do maior acompanhado é provido de sentido: embora se reconheça que todos têm capacidade para governar a sua pessoa e bens deve entender-se que haverá circunstâncias que reduzem em termos funcionais as capacidades para agir. A existência de uma limitação, justificada, necessitada e proporcional à capacidade de um sujeito, quando a mesma é definida por premências de proteção não se mostra destituída nem de fundamento legal nem constitucional. É necessário “apenas” que se dê voz à sua vontade, que as medidas e determinações se processem no respeito do sujeito e que o valor primordial na ponderação da decisão seja a sua dignidade humana.

⁴¹ BARBOSA, Mafalda Miranda. (2021). *Recensão da obra Grégor Puppink. Os direitos do homem desnaturado*. Príncipeia, 2019. *Católica Law Review*, 5(2). Cascais. P. 197-206. Em: <https://doi.org/10.34632/catolicalawreview.2021.9815>

⁴² Ideia retirada de FRADA, Manuel Carneio. (2020). *O conceito de dignidade da pessoa humana – um mapa de navegação para o jurista*. *Católica Law Review*, 4(2), 139-172. Porto. P. 155. Em: <https://doi.org/10.34632/catolicalawreview.2020.9323>

2. O alcance da vontade no regime do maior acompanhado

A promoção da liberdade e capacidade do beneficiário foi uma das principais razões que levaram à instauração do regime do maior acompanhado. Este surgiu regulado nos artigos 138.º e seguintes e, salvo melhor desenvolvimento, foram consagradas as razões que determinarão o acompanhamento, a forma como este será decidido, o objetivo principal do mesmo, a legitimidade para requerer a ação, as pessoas que poderão ser designadas para o exercer, o conteúdo do acompanhamento, a figura do internamento, a questão dos conflitos de interesses e os atos do acompanhado.

Toda a regulação normativa procurou conciliar, com recurso à proporcionalidade, necessidade e adequação, a autonomia e vontade do beneficiário da medida de acompanhamento e a necessidade de remover um perigo, de hétero-colocação⁴³.

A necessidade do beneficiário manifestar a sua vontade e afirmar os seus interesses deverá verificar-se em todo o processo jurídico e em todas as decisões que sobre ele terão impacto.

Por isso, considerar o processo de acompanhamento de maiores um processo de jurisdição voluntária (pelo menos em parte)⁴⁴ significa reconhecer uma “multiplicidade de circunstâncias observáveis, incompatível com uma rigidez processual”⁴⁵. Assim, bem se compreende a inevitabilidade de confiar, reforçadamente, ao juiz os seus poderes inquisitórios⁴⁶, poderes de direção e a suscetibilidade de revisão das medidas⁴⁷. Destarte, é confiado ao juiz o poder de livremente investigar os factos e reunir os elementos necessários, não estando, desde logo, vinculado à medida requerida. Esta será determinada no decurso da ação com recurso a elementos objetivos e atendendo aos interesses do beneficiário. Como afirma Geraldo Rocha Ribeiro a este respeito, “na sua dimensão material, o processo de

⁴³ Ideia retirada de RIBEIRO, Geraldo Rocha. (2020). *O instituto do maior acompanhado à luz da convenção de Nova Iorque e dos direitos fundamentais*. Julgar Online. P. 6. Em: <http://julgar.pt/o-instituto-do-maior-acompanhado-a-luz-da-convencao-de-nova-iorque-e-dos-direitos-fundamentais/>

⁴⁴ Assim, “formalmente 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 e nem é dessa forma classificado por nenhuma disposição” cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Guimarães, Processo n.º 315/18.IT8MAC.G1 de 17-09-2020. Relator: Raquel Batista Tavares.

⁴⁵ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 113/22.8T8VNG.P1, de 04-04-2020. Relator: Eugénia Cunha.

⁴⁶ Notado na obrigatoriedade de audição pessoal e direta do beneficiário, de acordo com o artigo 139.º do Código Civil.

⁴⁷ O Tribunal revê as medidas de acompanhamento em vigor de acordo com a periodicidade que consta da sentença, no mínimo, de cinco em cinco anos (artigo 155.º do Código Civil).

acompanhamento é de verdadeira jurisdição voluntária porquanto está adstrito à administração do interesse do beneficiário.”⁴⁸.

Pelos motivos apresentados, acreditamos ser do maior interesse o reconhecimento, em cada norma jurídica, da competência de cada ser humano definir e conformar a sua própria vida.

2.1. Escolha do acompanhante

O artigo 143.º do Código Civil leva-nos à procura da linha definidora entre a conciliação da vontade daqueles que padecem de capacidade diminuída e a sua vontade para consentir e tomar decisões, nomeadamente, quanto à escolha do acompanhante. Assim, “não poderá uma incapacidade significar, *ab limine*, a falta de capacidade do sujeito para proferir decisões autonomamente que o vinculem.”⁴⁹, nomeadamente a escolha do sujeito que assegurará “o seu bem-estar, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres”⁵⁰.

Afirma-nos, ainda, a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que compete ao Estado “apoiar as pessoas com deficiência a tomarem as suas próprias decisões, formadas de acordo com o que for importante para estas.”⁵¹

2.1.1. Escolha do acompanhamento pelo acompanhante

A designação do acompanhante *a limite* caberá ao Tribunal mas este deverá respeitar a vontade pessoal, expressa ou presumível⁵², do beneficiário quanto à opção de escolha do seu acompanhante.

⁴⁸ RIBEIRO, Geraldo Rocha. (2020). *O instituto do maior acompanhado à luz da convenção de Nova Iorque e dos direitos fundamentais*. Julgar Online. P. 10. Em: <http://julgar.pt/o-instituto-do-maior-acompanhado-a-luz-da-convencao-de-nova-iorque-e-dos-direitos-fundamentais/>

⁴⁹ Ibidem. P. 69.

⁵⁰ Artigo 140.º do Código Civil

⁵¹ RIBEIRO, Lucas Nóbrega. (2019). *O maior acompanhado e as diretivas antecipadas da vontade*. Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde Ano 16 - n.º 31-32 - Janeiro/Dezembro. Coimbra. P. 64. Em: http://www.centrodereitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Revista_LM_2019_0.pdf

⁵² “Aquele que se possa dizer que seria a vontade manifestada pelo beneficiário se estivesse em condições de o fazer”, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 887/18.0T8PVZ.P1, de 24-10-2019. Relator: Aristides Rodrigues de Almeida.

A determinação da vontade presumida envolve o recurso a critérios objetivos e um esforço adicional no que concerne à avaliação individual dos interesses e vontades do sujeito manifestados em momento anterior à prescrição do fenómeno incapacitante. Assim, atender-se-á ao consentimento antecipado e às declarações negociais do sujeito.

Como refere André Dias Pereira, “ganha cada vez mais força a tese segundo a qual a vontade anteriormente expressa pelo paciente deve ser tomada em consideração”⁵³, advogando, dessa forma, a autonomia prospetiva. No entanto, haverá que apontar os riscos adjacentes à tomada de uma decisão baseada em consentimentos ou expressões de vontade anteriores: desde logo, a alteração dessas mesmas manifestações. Como reiteram alguns Autores “a pessoa em situação de saúde pode ter uma opinião diferente quando está em luta contra a dor e a morte.”⁵⁴ Por isso, mostra-se imprescindível e elementar o não acatamento da decisão tomada naquele momento sem antes se esmiuçar possíveis acontecimentos que levem a presumir que o acompanhado quereria revogar tal decisão.⁵⁵ Importará, para este feito, atender ao círculo familiar ou pessoas próximas do beneficiário da medida.

No entanto, seja a vontade presumida ou expressa, esta deverá corresponder a uma decisão “fundamentada, ajustada a que o sujeito defende como princípios de vida, que não seja uma decisão forçada ou condicionada, mas sim voluntária e livre, que não seja fruto da ignorância ou do desconhecimento, mas sim da valorização de todas as possibilidades (...)”⁵⁷

⁵³ PEREIRA, André Dias. (2014). *Diretivas antecipadas de vontade em Portugal*. Julgar Online. Coimbra Editora. Coimbra. P. 2. Em: <http://julgar.pt/diretivas-antecipadas-de-vontade-em-portugal/>

⁵⁴ Ideia retirada de PEREIRA, André Dias. (2014). *Diretivas antecipadas de vontade em Portugal*. Julgar Online. Coimbra Editora. Coimbra. P. 2. Em: <http://julgar.pt/diretivas-antecipadas-de-vontade-em-portugal/>

⁵⁵ Por esse motivo, deverá a manifestação oferecer garantias de clareza e certeza.

⁵⁶ Sobre tal possibilidade afirma-nos DWORKIN, Ronald. (1994). *Life's Dominion: An argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. New York: Vintage Books. P. 225-229 *apud* RIBEIRO, Geraldo Rocha. (2020). *O instituto do maior acompanhado à luz da convenção de Nova Iorque e dos direitos fundamentais*. Julgar Online. P. 34. Em: <http://julgar.pt/o-instituto-do-maior-acompanhado-a-luz-da-convencao-de-nova-iorque-e-dos-direitos-fundamentais> 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 autodeterminação”.

⁵⁷ BATISTA, Bárbara Maria de Morais Machado. (2012). *Autonomia do Doente - dos Fundamentos Teóricos às Diretivas Antecipadas de Vontade* Dissertação de Mestrado em Medicina. Universidade da Beira Interior. Covilhã. P.25. Em: <https://ubibliorum.ubi.pt/bitstream/10400.6/1179/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20B%C3%A1rbara%20Batista.pdf;Autonomia>

Ainda assim, deverá o Tribunal, de acordo com o disposto no artigo 143.º, n.º 2 do Código Civil, deferir o acompanhamento à pessoa cuja designação melhor salvguarde o interesse imperioso do beneficiário⁵⁸, dado que no exercício da sua função o acompanhante terá de privilegiar o bem-estar e a recuperação do acompanhado, com a diligência requerida a um bom pai de família. Destarte, é de reconhecer que tal sujeito terá um dever de cuidado, devendo respeitar e potenciar a autodeterminação do beneficiário da medida, os seus interesses (salvaguardar o beneficiário de comportamentos auto lesivos) e a sua inclusão⁵⁹. Assim não bastará que o Tribunal declare que certo sujeito, escolhido pelo acompanhado, “se prefigura dotado de capacidade de exercício de direitos” e que “inexistem motivos fácticos passíveis de inquirar a adequação do mesmo”⁶⁰. Deverá a decisão ser precedida de diligências que permitam “apurar um conjunto de factos atinentes às condições e à aptidão de cada um”⁶¹.

A este respeito foi discutido, em sede judicial, o caso em que o acompanhado “não tem domínio suficiente de vontade que lhe garanta que determinará o seu comportamento de acordo como pré-entendimento da situação concreta que se lhe deprece.”⁶², constatando o autor, em conclusões de recurso que, dessa forma, “também não tem entendimento e vontade para decidir sobre quem será a pessoa que o deve acompanhar.” Neste sentido, afirma-nos o Tribunal da Relação de Lisboa, no caso *subjudice* que, “o princípio dominante passa a ser o do respeito pela sua vontade, em lugar do antigo princípio da prossecução do “interesse superior do incapaz”, concluindo que “por ter sido expressa livre, ponderada e reiteradamente - e operativa a escolha do acompanhante, a escolha é válida”.

2.1.2. Mandato em previsão do acompanhamento

Com vista a evitar divergências, julgava-se oportuno a criação da figura “mandato em previsão do acompanhamento ou da incapacidade”, isto é, como afirma o Tribunal da

⁵⁸ Este conceito (indeterminado) reporta-se aos direitos fundamentais da pessoa, nomeadamente, aos seus direitos à solidariedade e ao apoio, bem como à ampliação da sua autonomia, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 1067/20.0T8LRA.C1 de 07-09-2021. Relator: José Avelino Gonçalves.

⁵⁹ Ideia retirada do Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 45/21.7T8VLN.G1 de 02-06-2022. Relator: Conceição Sampaio.

⁶⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 58/19.9T8VPA-A.G1 de 12-11-2020. Relator: Raquel Batista Tavares.

⁶¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 45/21.7T8VLN.G1 de 02-06-2022. Relator: Conceição Sampaio.

⁶² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 1609/18.1T8ALM.L1-8, de 04-06-2020. Relator: Rui Moura.

Relação de Lisboa⁶³, “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.” Paula Távora Vítor pretendeu que “uma das suas maiores virtualidades seja a de funcionar como alternativa às medidas de proteção tradicionais e, portanto, que sirva também os mandantes incapazes não sujeitos a tutela ou curatela”⁶⁴. Porém, do ponto de vista legislativo, mostrava-se necessário ultrapassar, para ser possível apor no nosso ordenamento jurídico o mandato permanente⁶⁵, a dificuldade introduzida pelo artigo 1174.º do regime anterior à alteração do Código Civil, relativamente à caducidade de tal mandato “por morte ou interdição do mandante ou do mandatário”. Tal caducidade operava, segundo alguns autores⁶⁶ dado o carácter fiduciário do mandato⁶⁷. Neste sentido, Phillie Peter argumenta que “é pelo facto de ser concluído *intuito personae* que o mandato não pode sobreviver aos eventos que alterem a personalidade de uma das pessoas, nomeadamente a uma incapacidade”⁶⁸. A doutrina italiana, apesar de conter um dispositivo normativo semelhante abre a possibilidade de as partes excluírem por acordo tal consequência jurídica, permitindo que o mandato subsista mesmo que o acompanhamento seja decretado. Ao entendermos que os valores protegidos pelo mandato são aqueles que refere a doutrina italiana, isto é, “a pura tutela contratual das partes e a funcionalização do mandato à gestão do património”⁶⁹, não encontraríamos, segundo a Autora, qualquer obstáculo à possibilidade de afastamento da norma, significando isso, ser possível o mandato em previsão do acompanhamento ou da incapacidade. Desta forma, “abre-se, pelo mandato,

⁶³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 2039/19.3T8ALM.L1-8, de 28-05-2020. Relator: Maria Amélia Ameixoeira

⁶⁴ VÍTOR, Paula Távora. (2008). *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*. Coimbra Editora. Coimbra.

⁶⁵ Paula Távora Vítor (2008) referia-se a esta figura como uma extensão do mandato civil e não como uma figura autónoma.

⁶⁶ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes cfr. VÍTOR, Paula Távora. (2008). *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*. Coimbra Editora.

⁶⁷ “A titularidade do mandatário reveste-se de natureza fiduciária, pois trata-se sempre de uma titularidade instrumental e funcionalizada à satisfação do interesse do mandante”, cfr. TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. (2007). *Sobre o contrato de mandato sem representação e o trust*. Revista da Ordem dos Advogados (ROA), Ano 2007, Ano 67 - Vol. III - Dez. 2007

⁶⁸ VÍTOR, Paula Távora. (2008). *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*. Coimbra Editora.

⁶⁹ *Ibidem*.

espaço, no âmbito das incapacidades, para a autonomia da vontade, num equilíbrio de interesses que não parece merecer oposição da ordem jurídica portuguesa.”⁷⁰

Com a introdução do regime do maior acompanhado, verificamos que a caducidade apenas opera “por sentença de acompanhamento do mandante ou do mandatário, quando essa sentença, relativamente aos atos abrangidos pelo mandato, atribua poderes de representação ao acompanhante ou determine a necessidade de autorização prévia.”⁷¹. Ou seja, o atual regime ao invés de admitir a possibilidade do mandato permanente, criou a figura do mandato com vista a acompanhamento, previsto no artigo 156.º do Código Civil, e se este for celebrado, o mandato anterior⁷² caduca. Tencionou-se, aos sujeitos com plena posse das suas capacidades, “facilitar a adequada planificação para o futuro (...) seja de índole patrimonial ou estritamente familiar ou pessoal”, protegendo-se a ambicionada autonomia, o respeito pelos seus interesses e vontades, e a sua autodeterminação. Assim, como afirma Geraldo Rocha Ribeiro “este mandato deve ser o *prius* do novo regime num duplo sentido: por um lado, em prol da garantia de autodeterminação prospetiva do cuidado pelo próprio beneficiário e do reconhecimento de instrumentos de cuidado privado bastantes; por outro lado, no sentido de assegurar que a instauração da medida institucional do acompanhamento se pauta por uma intervenção mínima e garantística dos direitos e interesses do beneficiário.”⁷³

O mandato com vista a acompanhamento é requerido pelo sujeito (maior) que, em vista de uma eventual necessidade de acompanhamento, antecipa as suas vontades.

Afirma-nos Menezes Leitão que, “a capacidade para a celebração dos contratos de mandato varia consoante o objeto do mesmo, já que quem não tem capacidade para praticar atos pessoalmente também não o pode fazer por intermédio de mandatário”⁷⁴. Por esse motivo, o

⁷⁰ VÍTOR, Paula Távora. (2008). *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*. Coimbra Editora.

⁷¹ Artigo 1174.º do Código Civil.

⁷² O previsto no artigo 1157.º do Código Civil.

⁷³ RIBEIRO, Geraldo Rocha. (2020). *O instituto do maior acompanhado à luz da convenção de Nova Iorque e dos direitos fundamentais*. Julgar Online. P. 11. Em: <http://julgar.pt/o-instituto-do-maior-acompanhado-a-luz-da-convencao-de-nova-iorque-e-dos-direitos-fundamentais>.

⁷⁴ LEITÃO, Luís Menezes. (2009). *Direito das Obrigações*. Volume III. 6.º Edição. Almedina. Coimbra. P. 439.

contrato de mandato terá de ser celebrado antes do decretamento da medida de acompanhamento.

Ademais, os direitos conferidos ao mandatário poderão não ser aproveitados na sua totalidade pelo Tribunal: pode este aproveitar apenas em parte o mandato se considerar algumas indicações como violadoras do *ius cogens* e se as considerar como não atuais, por serem contrárias ao benefício do já incapacitado⁷⁵, utilizando apenas os atos jurídicos mandatados (válidos) na definição das categorias de atos para que seja necessária representação geral ou especial.

O legislador conferiu ao Tribunal a possibilidade de fazer cessar o mandato quando for razoável presumir que a vontade do mandante seria a de o revogar, o que se compreende caso se dê como provadas circunstâncias modificativas na vida do maior, agora acompanhado, ou que em virtude de “parentes não desinteressados”⁷⁶ o mandato foi conferido a determinada pessoa por força de imposições, sugestões ou intimidações. Importa, portanto, acautelar que tais pessoas “outorgam o instrumento em plena posse das suas capacidades e fora de qualquer constrangimento ou vulnerabilidade”.⁷⁷

Poderá suceder que a doença de que padece o acompanhado seja evolutiva, não sendo possível determinar, com um grau de precisão exato, o momento que os seus sintomas se iniciaram e, conseqüentemente, a partir de que data afetaram a sua vontade, nomeadamente, na outorga do mandato. Neste caso, sugere o Departamento de Formação, Estudos e Pareceres do SMMP - Grupo de Trabalho Cível que “a lei preveja que este tipo de mandato (mandato com vista a acompanhamento) apenas tenha validade quando acompanhado por

⁷⁵ Ideia retirada de IBÁÑEZ, Jorge Gracia. (2018). *O direito e o dever de cuidado: Elementos de direito comparado quanto ao acompanhamento de maiores*, em *Autonomia e Capacitação: os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência*. Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Porto. P 84. Em: <https://cije.up.pt/pt/e-books-e-special-issues/autonomia-e-capacitacao-os-desafios-dos-cidadaos-portadores-de-deficiencia/>

⁷⁶ Expressão referida por CORDEIRO, Luís Menezes. (2018). *Da situação jurídica do maior acompanhado*. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores. *Revista de Direito Civil*, Vol. 3, No. 3. Lisboa. P. 473-554.

⁷⁷ Departamento de Formação, Estudos e Pareceres do SMMP Grupo de Trabalho da Área Cível. (2017). *Proposta de Lei que estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos antigos institutos da interdição e da inabilitação. Altera o Código Civil, o Código de Processo Civil e diversos outros diplomas*. P.44. Em: <https://www.smmp.pt/wp-content/uploads/PARECER-PDL-Alteracao-CC-Interdicao.pdf>

declaração médica subscrita por 3 médicos distintos a atestarem que o mandante se encontrava na plenitude das suas capacidades mentais no momento em que foi realizado”⁷⁸

Paula Távora Vítor a este propósito afirma que “o mandato em previsão da incapacidade beneficiária em muito de um regime mais recortado.” Acrescentado que o “instrumento (cuja especificidade se prende com a atribuição de poderes de representação voluntária em situações de incapacidade do mandante) deveria ser densificado por regras que vinculassem o mandatário a especiais deveres de contacto pessoal e de prestação de informação, escudado por especiais exigências de forma e, à semelhança do que já acontece no âmbito da procuração de cuidados de saúde, limitado por impedimentos estabelecidos por lei”⁷⁹

Relativamente à vinculação e execução do mandato suscitam-se-nos algumas dúvidas. O alcance prático deste acaba por ser muito limitado dado que, *a final*, não será executado: “a pessoa designada como mandatária deixará de o ser – deixando também de se aplicar, portanto, as regras do mandato – para passar a agir nas vestes de acompanhante legal, nos termos dos artigos 138.º a 156.º do CC.”⁸⁰. Entendemos neste sentido que o mandato em causa será, necessariamente, realizado sob condição suspensiva⁸¹. Este teria a vantagem de permitir ao juiz orientar-se pela vontade manifestada pelo maior – sempre que possível – no que respeita à escolha do acompanhante.

2.1.3. Escolha do acompanhante pelo Tribunal

Afirma-nos o disposto no artigo 143.º, nº 1 do Código Civil que “na falta de escolha, o acompanhamento é deferido, no respetivo processo, à pessoa cuja designação melhor salvaguarde o interesse imperioso do beneficiário...” elencando no número seguinte os sujeitos do círculo familiar do acompanhado: o cônjuge, os descendentes ou ascendentes que não poderão escusar-se ou ser exonerados. E, de acordo com os cânones hermenêuticos de

⁷⁸ Ibidem, P.45

⁷⁹ VÍTOR, Paula Távora. (2018). *Os novos regimes de proteção das pessoas com capacidade diminuída*, em Autonomia e Capacitação: os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência. Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Porto. P.143. Em: <https://cije.up.pt/pt/e-books-e-special-issues/autonomia-e-capacitacao-os-desafios-dos-cidadaos-portadores-de-deficiencia/>

⁸⁰ GONZÁLEZ, José Alberto. (2017). *Acompanhamento de pessoas maiores*. Repositório das Unidades Lusíadas. Lisboa. P. 60 Em: <http://hdl.handle.net/11067/4633v>

⁸¹ Isto é, “verificada a condição, e ressalvando solução distinta resultante da própria natureza do negócio ou da vontade das partes, considera-se que os efeitos do negócio jurídico se produziram desde o início.”, cfr. <https://dre.pt/dre/lexionario/termo/condicao-negocio-juridico>

interpretação da lei, a ordem das pessoas enumeradas no artigo referido demarca prioridades na escolha do acompanhante.

Não se compreende a obrigação legal destes sujeitos mesmo que entre eles e o acompanhado inexista qualquer relação, dado que, dessa forma não se garante qualquer proteção ao mesmo. Mesmo que estes se encontrem obrigados à diligência de um bom pai de família⁸² os conflitos atinentes à relação não permitirão um contacto pacífico e cordial, salvaguardando-se os interesses e o bem-estar do acompanhado. Neste sentido “a família não pode ser conceitualizada, quando está em causa o exercício dos deveres de cuidado inerentes ao cargo de acompanhante, como um mero conjunto de laços biológicos ou formais, reconhecidos pelo direito.”⁸³ Assim, como afirma o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães⁸⁴ “ainda que a escolha recaia sobre alguém do círculo familiar do acompanhado, a nomeação do acompanhante deverá ser sempre precedida da realização de diligências que permitam perceber se os mesmos reúnem condições para exercerem o cargo de acompanhante e qual reúne as melhores condições”. Ainda neste sentido, com vista a colmatar tais dificuldades “tem sido defendida a criação de estruturas públicas de apoio e formação de acompanhantes, por forma a garantir que o exercício de tais funções seja desempenhado por pessoas com alguma preparação e qualificação, capazes de assegurarem o acompanhamento de forma adequada.”⁸⁵ No que se refere ao exercício de funções por alguém fora do círculo familiar do acompanhado ou não escolhido por este, “essa nomeação envolve uma despersonalização ou desumanização da função que só deve ser assumida em último caso, não estando disponível nenhuma alternativa melhor.”⁸⁶

O disposto nos artigos 143.º e 144.º do Código Civil, salvo melhor opinião, não poderão ser interpretados literalmente.

⁸² De acordo com o disposto no artigo 146.º, n.º 1 do Código Civil

⁸³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 5095/14.7TCLRS.L1.S1, de 17-12-2020, Relator: Maria Clara Sottomayor.

⁸⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 58/19.9T8VPA-A.G1, de 12-11-2020, Relator: Raquel Batista Tavares.

⁸⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 45/21.7T8VLN.G1, de 02-06-2022, Relator: Conceição Sampaio.

⁸⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 5095/14.7TCLRS.L1.S1 de 17-12-2020. Relator: Maria Clara Sottomayor.

Quanto à possibilidade do Tribunal preterir da vontade do acompanhante, este só o deverá fazer quando se verifique uma “vontade viciada”, necessária a “remover o perigo gerado pela falta ou limitação de capacidade do beneficiário”⁸⁷

2.2. Escolha das medidas de acompanhamento

“A passagem do modelo social tem reflexos jurídicos de grande relevância, impondo que os tradicionais modelos de substituição da pessoa com deficiência no exercício de direitos e obrigações próprias, assentes em juízos de incapacidade e proteção, sejam afastados e no seu lugar sejam adotados modelos de acompanhamento da pessoa com deficiência no exercício dos seus direitos e obrigações, assentes em critérios rigorosos de necessidade e proporcionalidade.”⁸⁸ Assim, cumprindo o disposto anterior o legislador determinou que “o acompanhamento limita-se ao necessário”⁸⁹.

O acompanhamento poderá assumir variadas formas, nomeadamente, supervisão, validação, aconselhamento, apoio na identificação de opções e aspetos a considerar na tomada de decisão, assistência física e ainda formação para o desenvolvimento de novas competências⁹⁰. Assim, não se pretende substituir a tomada de decisão do beneficiário, mas cooperar na formação da sua vontade. Pretende-se respeitar a autonomia e autodeterminação do mesmo, sendo, por isso, necessário identificar os diferentes graus de incapacidade. “Cada indivíduo é cada indivíduo na forma como gere os instrumentos, meios, os recursos de que dispõe (internos e externos), isto já para nem falar na forma como cada um gere a vertente psicológica da sua realidade enquanto pessoa com deficiência”⁹¹.

⁸⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 45/21.7T8VLN.G1, de 02-06-2022. Relator: Conceição Sampaio.

⁸⁸ COSTA, Mariana da. (2018). *O reconhecimento da proibição do excesso como critério delimitador das medidas de acompanhamento das pessoas com deficiência* em Autonomia e Capacitação: os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência. Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Porto. P.103. Em: <https://cije.up.pt/pt/e-books-e-special-issues/autonomia-e-capitacao-os-desafios-dos-cidadaos-portadores-de-deficiencia/>

⁸⁹ Artigo 145.º, n.º 1 do Código Civil

⁹⁰ Ideia retirada de: MARQUES, Sandra. (2019). *A autonomia e a autodeterminação das pessoas com deficiência – critérios de avaliação e seus reflexos na escolha da medida de acompanhamento* em Direitos das Pessoas com Deficiências, Centro de Estudos Judiciários. Formação Contínua. Lisboa. Em: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=eU9GO-8VIDE=&portalid=30>.

⁹¹ ROCHA, Mariana Alves da. (2019). *Autonomia e Inclusão* em Direitos das Pessoas com Deficiências, Centro de Estudos Judiciários. Formação Contínua. Lisboa. P.110. Em: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=eU9GO-8VIDE=&portalid=30>.

Porém, não se mostra fácil a avaliação da autonomia de um sujeito. Desde logo, é mais fácil apontar o que se perdeu do que aquilo que ainda existe, ou seja, “é mais fácil mediar aquilo que em termos de autocuidado se perdeu do que apontar aquilo que a pessoa pode fazer para exprimir a sua forma de estar no mundo”. Nesta perspetiva, frequentemente não se distingue a autonomia física da autonomia comportamental, sendo, por isso, mais fácil falar da perda do “poder fazer” esquecendo que o “poder ser” se mantém.⁹²

Respeitar a autonomia do beneficiário da medida de acompanhamento significa, por um lado, não se interferir em domínio pessoais sem uma razão justificativa – “onde se deve recusar a interferência de quaisquer poderes exteriores que controlam, determinam ou incentivam uma pessoa a agir”⁹³, e por outro, respeitar a vontade do mesmo nos restantes – consentindo na intromissão, aceitando no momento, autorizando previamente, ou não interferindo. No caso dos sujeitos beneficiários de uma medida de acompanhamento “para fazer face à dependência ou à vulnerabilidade da pessoa em causa, deverá alavancar-se esse potencial agente autónomo, através de uma estrutura de apoio à sua capacitação, concedendo-se prioridade à sustentabilidade dessa condição de autonomia, enquanto estruturante do estatuto de cidadania”⁹⁴.

A autonomia encontra já referência expressa em diversos segmentos normativos, sendo *in limite*, como afirma Kant, esta é o sustentáculo da dignidade da natureza humana.

Todo o regime, baseado na epígrafe do artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência “reconhecimento igual perante a lei”, implica a adoção de um modelo de capacidade e acompanhamento em detrimento de um regime de incapacitação.⁹⁵

⁹² Ideia retirada de CABETE, Dulce Gaspar (1999). *O impacto do internamento no idoso*. Nursing. Revista de Formação Contínua em Enfermagem. N.º 137. P. 25 a 31.

⁹³ GOMES, Joaquim Correia. (2018) *Autonomia e (in)capacidades: passado, presente e futuro*, em Autonomia e Capacitação: os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência. Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Porto. P.55. Em: <https://cije.up.pt/pt/e-books-e-special-issues/autonomia-e-capacitacao-os-desafios-dos-cidadaos-portadores-de-deficiencia/>

⁹⁴ ANDERSON, Joel; HONNETH, Axel. (2005) *Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice*, em John Christman; ANDERSON, Joel (2005) *Autonomy and the Challenges to liberalism* em New Essays, Cambridge, P.127 a 145 (144/145) *apud* GOMES, Joaquim Correia. (2018) *Autonomia e (in)capacidades: passado, presente e futuro*, em Autonomia e Capacitação: os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência. Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Porto. P.54. Em: <https://cije.up.pt/pt/e-books-e-special-issues/autonomia-e-capacitacao-os-desafios-dos-cidadaos-portadores-de-deficiencia/>

⁹⁵ Dado ser o princípio da igualdade a base contida na forma como são delimitadas as medidas de acompanhamento: é necessário salvaguardar a igualdade das pessoas com deficiência face a todas as restantes pessoas, só sendo legítimo a interferência dos seus direitos desde que necessário.

É exigido que se apurem as limitações de cada sujeito, individualmente. Como explica o Tribunal da Relação de Guimarães “a aplicação de qualquer medida de acompanhamento tem que ser fundamentada, devendo o Tribunal averiguar e apurar se a sua imposição é necessária, adequada e proporcional, e se se justifica, em face do concreto estado de saúde, deficiência e/ou comportamental que o maior apresenta e em face do cumprimento dos deveres gerais de cooperação e de assistência que, no caso concreto, caibam por parte dos seus familiares, devendo serem ponderados, para tal efeito, três fatores: acompanhamento, competências e limitações.”⁹⁶

A este propósito importa notar o princípio da proibição do excesso para estruturar, adensando, um dos limites na escolha das medidas de acompanhamento. Este princípio – derivado do princípio da proporcionalidade – exige que se chame à colação o princípio da conformidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Tais princípios pretendem limitar a escolha das medidas a adotar, exigindo que estas sejam apropriadas à prossecução do fim a ela subjacente, que “constituam um meio menos restritivo e oneroso para o exercício livre, individual e autónomo da capacidade de gozo”⁹⁷, e exige ainda que as medidas a adotar – restritivas da autonomia do sujeito – não sejam desproporcionais face aos benefícios na “operacionalização da capacidade jurídica”⁹⁸.

Note-se, porém, que ao juiz é atribuída uma função discricionária de modelação casuística. A equidade⁹⁹ – método todo a aplicar pelo juiz na escolha das medidas de acompanhamento – mostra-se ser, dada a insegurança jurídica que o mesmo acarreta, um recurso “cujos níveis de perigosidade são incompatíveis com a dignidade da pessoa humana que se pretende

⁹⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 408/21.8T8VRL.G1, de 19-05-2022. Relator: Pedro Maurício.

⁹⁷ CANOTILHO, José J. Gomes, *Direito Constitucional*, P. 270; NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais*, P. 170; LEÃO, Anabela, *Notas sobre o princípio da proporcionalidade*, P. 1004-1005. *apud* COSTA, Mariana da. (2018). *O reconhecimento da proibição do excesso como critério delimitador das medidas de acompanhamento das pessoas com deficiência* em Autonomia e Capacitação: os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência. Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Porto. P.109. Em: <https://cije.up.pt/pt/e-books-e-special-issues/autonomia-e-capacitacao-os-desafios-dos-cidadaos-portadores-de-deficiencia/>

⁹⁸ *Ibidem*, P. 110

⁹⁹ A equidade é um “termo de procedência latina (aequitas) com o significado etimológico e corrente de “igualdade”, “proporção”, “justiça”, “conveniência”, “moderação”, “indulgência”, é utilizado na linguagem da ética e das ciências jurídicas sobretudo para designar a adequação das leis humanas e do direito às necessidades sociais e às circunstâncias das situações singulares (a equidade é, por assim dizer, a “justiça do caso concreto”)” cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 704/09.9TBNF.S1, de 07-07-2009. Relator: Fonseca Ramos.

proteger”¹⁰⁰, dado que é considerada, como declara Pedro Pais de Vasconcelos, pela “inevitável falibilidade do aplicador face ao grau de confiança que é exigida para o concreto problema a resolver”¹⁰¹. Por outro lado, é a própria flexibilidade do regime, apoiada no mencionado critério da equidade que permite uma resposta individualizada e adaptada à situação concreta. Ora, abrir o conteúdo do acompanhamento aos regimes constantes no n.º 2 do artigo 145.º do Código Civil ao invés do sistema dual incapacidade de governar pessoas e bens e incapacidade de reger convenientemente o património, também significa, se seguirmos a tradição nacional de interpretar a lei,¹⁰² uma intervenção menos grave na autonomia privada.¹⁰³

No que se considere necessário o juiz poderá cometer ao acompanhante algum ou alguns dos regimes elencados no n.º 2 do artigo 145.º, podendo englobar o exercício das responsabilidades parentais ou dos meios de as suprir, a representação geral ou especial, a administração total ou parcial de bens, a autorização prévia para a prática de determinados atos ou categorias de atos, e intervenções de outro tipo, desde que devidamente explicitadas. Tais medidas poderão modificadas ou descontinuadas a qualquer momento, mediante decisão judicial que reconheça tal modificação ou cessação e mediante requerimento do

¹⁰⁰ VASCONCELOS, Pedro. (2019). *Maior acompanhado, “direitos pessoais” e negócios da vida corrente* em “Direito das pessoas com deficiência”. Centro de Estudos Judiciários. Formação continua. Lisboa. P. 126. Em: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=eU9GO-8VIDE=&portalid=30>

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Em vez de descobrir o direito, cfr. dita VASCONCELOS, Pedro (2019). *Maior acompanhado, “direitos pessoais” e negócios da vida corrente* em “Direito das pessoas com deficiência”. Centro de Estudos Judiciários. Formação continua. Lisboa. P. 128. Em: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=eU9GO-8VIDE=&portalid=30>

¹⁰³ Segundo o modelo metódico de CASTANHEIRA NEVES (1993), “o direito não se esgotará num *normatum*”, sendo necessário que se atribua ao “direito-sistema a índole de um *ordinans*”. Assim, para a resolução de uma questão jurídica haverá sempre que atender à normatividade do sistema (que delimita e pré-determina o campo e o tipo dos problemas), aos seus fundamentos e ao seu critério racionalmente material. Sendo necessário para isso que se destrinche a intencionalidade pressuposta no sistema considerando a evolução, a experiência histórica e as novas intenções que, através de novos problemas, se vão assumindo. Como afirma MAFALDA MIRANDA BARBOSA (2018), “o sentido de qualquer comunicação está sempre dependente do interlocutor, do contexto e do momento histórico em que se situa”, e por isso “o objeto da interpretação passa a ser a norma problema, isto é, ela deixa de ser vista como um enunciado linguístico para passar a ser entidade como a tipificação de um problema, com uma intrínseca intencionalidade problemática.”

Apesar de apenas medicamente se poder afirmar com certeza o grau de incapacidade, certo é que um homem leigo consegue afirmar que um regime que suprima todas as capacidades não é lógico. Assim, não se compreende porque existia o “mau costume de se entender que a interdição não era graduável, e que interdição e inabilitação não eram combináveis no caso concreto.”

Como afirma CASTANHEIRA NEVES (1993) “o sistema jurídico é aberto (problematicamente aberto), não pleno (não intencionalmente autossuficiente). Aceitar-se que o regime da interdição destitui o indivíduo de qualquer capacidade decisória significa “concluir que o regime jurídico da interdição exclui da sociedade a pessoa protegida, inibindo-a completamente de exercer todos os direitos de cidadania, como se não fosse sujeito de direitos”. O que não se pode aceitar.

acompanhante, cônjuge, unido de facto, parente sucessivo, ou do Ministério Público¹⁰⁴. O juiz deverá, na sentença que decretar o acompanhamento, definir a periodicidade de revisão das medidas de acompanhamento¹⁰⁵, por forma a aferir da necessidade e proporcionalidade da medida.

2.2.1. As medidas de acompanhamento agravadas

Em alternativa às medidas de acompanhamento gerais mencionadas *supra*, encontramos no artigo 147.º do Código Civil as medidas de acompanhamento agravadas: o exercício de direitos pessoais pelo acompanhado e a celebração de negócios da vida corrente poderão ver-se limitados.

No seu n.º 2 são elencados alguns¹⁰⁶ dos direitos pessoais que poderão ser afetos: o direito de casar ou de constituir situações de união de facto, 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.

Antes de mais, o artigo 26.º, nos seus n.ºs 1 e 4 da Constituição da República Portuguesa expõem os casos em que a restrição à capacidade civil poderá operar: apenas nos casos e termos previsto na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.

Aparentemente as figuras elencadas no n.º 2 do artigo 147.º do Código Civil, não consubstanciam, na sua essência, qualquer direito pessoal, como afirma Pedro Pais de Vasconcelos.

Essencialmente, o direito a casar integra um bem de natureza pessoal apesar de, dadas as implicações adjacentes¹⁰⁷, ter repercussões patrimoniais. Por esse motivo, mostra-se necessário destringir as justificativas da sua essência e a razão pela qual o legislador determinou a possibilidade de limitação do mesmo.

¹⁰⁴ O qual pode ser interposto a todo o tempo (artigo 149.º, n.º 1 e n.º 3 do Código Civil e 904.º, n.º 2 e n.º 3 do Código de Processo Civil).

¹⁰⁵ Artigo 155.º do Código Civil.

¹⁰⁶ O elenco não é taxativo.

¹⁰⁷ A convenção antenupcial, o regime de bens, as dívidas dos cônjuges, a administração de bens.

De acordo com o artigo 1600.º do Código Civil “têm capacidade para contrair casamento todos aqueles em quem se não verifique algum dos impedimentos matrimoniais previstos na lei” e atendendo ao disposto na alínea b) do artigo 1601.º que considera “a demência notória, mesmo durante os intervalos lúcidos, e a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica”, um impedimento matrimonial, um dirimente absoluto.

O "casamento inclui um conjunto de limitações tácitas de direitos de personalidades"¹⁰⁸. Neste sentido afirma Geraldo Rocha Ribeiro que "a razão histórica do impedimento de casar residiu na proteção do incapaz (...) num interesse público de ordem eugénica e social", considerando que “uma pessoa nestas condições não tem a vontade e o discernimento necessário para se aperceber do que é o conteúdo essencial do matrimónio, pelo que será incapaz enquanto perdurarem os motivos que o impedem de representar os direitos e os deveres inerentes ao negócio”¹⁰⁹

Quanto à natureza do casamento muitos têm sido os entendimentos da doutrina. No entanto os diversos autores que consideram a figura como um contrato atribuem-lhe sempre o carácter pessoalíssimo *sui generis* dada a autonomia subjacente aos nubentes, que nunca pode vir a ser substituída. Compreende-se a possibilidade de restrição a este direito dado ser necessário, para a outorga do casamento, a capacidade matrimonial dos sujeitos – nomeadamente a inexistência de qualquer impedimento matrimonial – podendo a mesma ser declarada por qualquer pessoa até ao momento da celebração do casamento ou pelos funcionários do registo civil.¹¹⁰

Sendo o casamento baseado na vontade e na autonomia pessoal e patrimonial do sujeito acreditamos que, como refere Diogo Leite de Campos, este materializa um direito de personalidade^{111 112}: “este direito importa a faculdade de formação e de expressão da vontade

¹⁰⁸ VASCONCELOS, Pedro (2019). *Maior acompanhado, “direitos pessoais” e negócios da vida corrente em “Direito das pessoas com deficiência”*. Centro de Estudos Judiciários. Formação continua. Lisboa. P. 139. Em: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=eU9GO-8VIDE=&portalid=30>.

¹⁰⁹ COSTA, Romina. (2015). *Autodeterminação para termos de incapacidade – efeitos pessoais e patrimoniais*. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra. P.25. Em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/35000/1/Autodeterminacao%20para%20termos%20de%20incapacidade%20efeitos%20pessoais%20e%20patrimoniais.pdf>.

¹¹⁰ Artigo 142.º do Código de Registo Civil

¹¹¹ CAMPOS, Diogo Leite. (2011). *As Relações de Associação - O Direito Sem Direitos*. Almedina. Coimbra.

¹¹² Como refere ASCENSÃO, José de Oliveira. (2000). *Direito Civil Teoria Geral*. Vol. I. 2ª Edição. Coimbra Editora. Coimbra. “os direitos de personalidade são justificados pela dignidade humana e representam um mínimo que cria o espaço no qual cada Homem poderá desenvolver a sua personalidade. No fundo, um direito

daquilo que se é ou se quer ser, no presente, sem constringências limitativas decorrentes da vivência passada.”¹¹³

Note-se ainda que, os ditames dos deveres legais (pessoais) inerente ao casamento variam consoante a personalidade e modo de viver de cada cônjuge. Assim tem se vindo a verificar que a “autorregulação” convencional ocupa o espaço deixado pela hetero-regulação legal”¹¹⁴, mas não na sua plenitude, como já tivemos a oportunidade de verificar. Por esse motivo, “passou a ser difícil descortinar nos deveres conjugais qualquer marca característica de um verdadeiro e próprio dever jurídico”¹¹⁵. Em suma, o fundamento da limitação ao direito de casar deve-se à incapacidade para se estar casado e não para assumir o estado de casado.¹¹⁶¹¹⁷

Para além do mais, afirma-nos o artigo 23.º da Constituição da República Portuguesa que os Estados tomam todas as medidas apropriadas e efetivas de forma a assegurar “o reconhecimento do direito de todas as pessoas com deficiência, que estão em idade núbil, em contraírem matrimónio e a constituírem família com base no livre e total consentimento dos futuros cônjuges”, o que no caso português parece não suceder.

Quanto à possibilidade de o Tribunal limitar o exercício dos direitos de perfilhação ou adoção do maior acompanhado seguimos o entendimento de Pedro Pais de Vasconcelos ao afirmar que o âmago da questão se prende com um conflito de interesses entre o interesse do beneficiário da medida - o exercício do poder paternal - e as suas implícitas responsabilidades parentais: a proteção da sua segurança e da sua saúde, a promoção do seu sustento, a direção da educação e a sua representação¹¹⁸. Para além disso, para perfilhar

de personalidade é a projeção da personalidade humana e detém a característica de imprescritibilidade, irrenunciabilidade e só em casos excecionais é passível de restringir.” A este propósito importa reconhecer a possibilidade de conceder ao casamento o título de uma faculdade – poder elementar – dado considerar-se ter o Homem os meios para atingir o objetivo – ser casado.

¹¹³ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 401/2011. Processo n.º 497/10. Relatores: Conselheiro João Cura Mariano e Joaquim Sousa Ribeiro.

¹¹⁴ COELHO, Francisco Brito Pereira. (2016). *Os factos no casamento e o direito na união de facto: breves observações*. Imprensa da Universidade de Coimbra. Coimbra. P. 86. Em: <http://hdl.handle.net/10316.2/38881>

¹¹⁵ Ibidem. P. 87

¹¹⁶ Ibidem. P. 99

¹¹⁷ O direito a casar deve ser compreendido como um direito em relação ao Estado (um direito fundamental) e pode ser visto como uma dimensão do direito geral de personalidade, sempre que se estabeleça um impedimento não justificado ao casamento. Mas, nas relações entre privados não pode ser entendido como um direito subjetivo em sentido estrito ou como um direito potestativo, devendo qualificar-se como uma faculdade jurídica primária, isto é, uma manifestação da capacidade de gozo do sujeito.

¹¹⁸ Artigo 1878.º do Código Civil.

“basta a consciência das relações sexuais fecundantes e a convicção da paternidade”, como tal “basta a capacidade natural para entender e querer o ato que pratica”¹¹⁹.

Compreende-se que um sujeito que beneficie de medidas de acompanhamento poderá não conseguir defender os interesses do menor, e por isso, o interesse do menor prevalecerá.¹²⁰.

A este respeito, refere a Convenção que as pessoas com deficiência têm direito a ver reconhecida a sua capacidade jurídica. Porém, como crítica o Mecanismo Nacional de Monitorização da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas COM Deficiência, no seu Parecer n.º 6/Me-CDPD/P/2017, “a necessidade de providenciar apoio à tomada de decisão encontra-se ausente no que se refere ao exercício de alguns direitos pessoais, como é patente no artigo 147.º do Código Civil”. Conforme refere Pinto Monteiro, a pergunta agora já não é “aquela pessoa possui capacidade mental para exercer a sua capacidade jurídica?”, mas “quais os tipos de apoio necessários àquela pessoa para que ela exerça a sua capacidade jurídica?”¹²¹. O dispositivo normativo mencionado - “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” - não nos esclarece acerca da forma como o apoio é delineado caso o exercício de tais direitos não possa ser livremente determinado pelo acompanhante.

Assim, e ao notar que o disposto no artigo 26.º, n.º 1 da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto dispõe que o regime jurídico do maior acompanhado “tem aplicação imediata aos processos de interdição e de inabilitação pendentes aquando da sua entrada em vigor”, e que “o juiz pode autorizar a prática de atos pessoais, direta e livremente, mediante requerimento justificado.”, concluímos, com base nas expressões “direta e livremente”, que o pedido que poderá ser dirigido ao juiz visa a “autorização para a prática de ato pelo próprio

¹¹⁹ COELHO, Francisco Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de. (2006). *Curso de Direito da Família*, Vol. I, Introdução, Direito Matrimonial, 4.ª edição, Coimbra Editora. Coimbra. P. 151 a 159.

¹²⁰ Porém, afirma Pedro Pais de Vasconcelos que tal não significa que o maior acompanhado não possa procriar, mas que caso tenha filhos, poderá não ter o poder paternal, se o Tribunal assim o entender, em defesa do interesse do menor”, cfr. VASCONCELOS, Pedro (2019). *Maior acompanhado, “direitos pessoais” e negócios da vida corrente* em “Direito das pessoas com deficiência”. Centro de Estudos Judiciários. Lisboa.

¹²¹ MONTEIRO, António Pinto. (2017). *O Código Civil Português entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro* em Volume comemorativo do cinquentenário do Código Civil Português. *Apud* Acórdão do Tribunal da Relação de Évora. Processo n.º 282/20.1T8SSB.E1 de 28-01-2021. Relator: Elisabete Valente.

acompanhado”¹²² o que significa que nos casos em que fora anteriormente decretada ao sujeito medida de interdição ou inabilitação, este não poderá exercer direitos pessoais nem celebrar negócios da vida corrente com recurso a medidas de acompanhamento. Aqui, a resposta à questão de Pinto Monteiro é dual: ou tem capacidade ou não.

Significa, assim, por um lado que, como afirma Rosa Cândido Martins¹²³, esta solução “implica que o juiz tenha de se pronunciar especificamente sobre todos os casos em que o beneficiário não possa exercer direitos pessoais”, seja nos casos de transição para a lei nova, como atendendo ao próprio dispositivo 147.º do Código Civil.

Apesar do normativo apontar para um “fato à medida” entendemos, contrariamente, que este poderá dar azo a que o beneficiário se veja na posição de “não conseguir exercer de facto alguns dos direitos para os quais possui capacidade à luz do Direito”¹²⁴, dado que tal previsão se poderá mostrar demasiado morosa e complexa (caso o juiz nada diga, seja por esquecimento, seja porque no momento não se verifica qualquer situação que dite tal incapacidade do sujeito).

Dado estarmos perante um quadro de presumíveis incapacidades o regime não causa estranheza, porém, considerando singularmente tal norma, esta não tem qualquer efeito dado que “nada criou, nada alterou e nada extinguiu no Direito nacional. Qualquer pessoa é livre de praticar quaisquer atos salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário. Se fosse esta a interpretação da disposição, esta não só de nada serviria, como seria causa de confusão e, como tal, do aumento da imprecisão”¹²⁵

No anterior regime, afirma-nos o disposto no artigo 127.º que “os actos de administração ou disposição de bens que o maior de dezasseis anos haja adquirido por seu trabalho” (alínea a), “os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua

¹²² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. Processo n.º 4106/11.2TCLRS-B.L1- 8de 13-01-2022. Relator: Cristina Lourenço.

¹²³ MARTINS, Rosa Cândido. (2019). *Acompanhamento e negócios fora do comércio jurídico* em “Coloquio – O Novo regime do maior acompanhado”, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra.

¹²⁴ MOREIRA, Sónia. (2018). *A reforma do regime das incapacidades: o maior acompanhado* em “Temas de Direito e Bioética – VOL I, Novas questões do direito da Saúde”, Escola de Direito da Universidade do Minho. Braga. em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/59632>

¹²⁵ VASCONCELOS, Pedro. (2019). *Maior acompanhado, “direitos pessoais” e negócios da vida corrente* em “Direito das pessoas com deficiência”. Centro de Estudos Judiciários. Formação continua. Lisboa. P. 122 Em: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=eU9GO-8VIDE=&portalid=30>

capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância” (alínea b); e, “os negócios jurídicos relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer, ou os praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício.”, eram excepcionalmente válidos. Consagrava-se, também, o princípio da capacidade em relação a estes atos, dando, deste modo, um tanto de elasticidade à incapacidade pré-determinada. Nas palavras de Pedro Pais de Vasconcelos, este preceito “institui um regime elástico onde é reconhecida ao menor, capacidade para a prática de certos atos que estejam ao alcance da sua capacidade natural.”¹²⁶. Assim, como afirma Sónia Moreira “o anterior regime permitia uma proteção mais efetiva do incapaz, sem lhe retirar a possibilidade de cuidar da sua vida quotidiana”¹²⁷ pelos motivos que apontamos *supra*.

2.2.2. A audição pessoal e direta do beneficiário é (sempre) obrigatória?

Para apurar as medidas de acompanhamento é definida e exigida a “audição pessoal e direta do beneficiário”, sendo, aliás, imposta, se necessário, a deslocação do juiz para onde este se encontre (artigos 898.º, n.º 1, e 879.º, n.º 2 do Código de Processo Civil, e 139.º, n.º 1 do Código Civil). Dessa forma, é atribuído ao beneficiário o direito de ser ouvido numa relação de proximidade, capacitando o juiz da possibilidade de constatar pessoalmente a situação real daquele, comprovando, dessa forma, qual a pessoa a nomear que melhor salvaguarda, e zela pelo cumprimento do seu superior interesse.

É o princípio da imediação um dos princípios orientadores do processo especial de acompanhamento de maiores, tanto que este carecerá de ser respeitado na “avaliação da situação física ou psíquica do beneficiário, não só para se poder conhecer a real situação do beneficiário, mas também para se poder ajuizar das medidas de acompanhamento mais adequadas à situação”¹²⁸. E, “esta é uma das principais novidades do novo regime do maior acompanhado, concretizando os princípios constantes do artigo 3º da Convenção das Nações Unidas de 30 de março de 2007, densificando o respeito pela dignidade inerente, autonomia

¹²⁶ VASCONCELOS, Pedro. (2010). *Teoria Geral do Direito Civil*, 6ª Edição, Almedina *apud* GONÇALVES, Sónia. (2016). Tese de Mestrado em Direito das Famílias e Sucessão. Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, P.67.

¹²⁷ MOREIRA, Sónia. (2018). *A reforma do regime das incapacidades: o maior acompanhado* em “Temas de Direito e Bioética – VOL I, Novas questões do direito da Saúde”, Escola de Direito da Universidade do Minho. Em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/59632>

¹²⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 312/19.0TCN-A.C1 de 19-05-2020. Relator: Fonte Ramos.

individual, incluindo a liberdade de fazer as suas próprias escolhas, e independência da pessoa com deficiência, bem como a sua participação e inclusão plena e efetiva na sociedade.”¹²⁹

É também a audiência pessoal e direta do beneficiário que poderá permitir decidir se, no caso concreto, é necessária uma perícia. Dado que, a “prova pericial deve ter objeto determinado, indicado pela parte requerente, com enunciação das questões de facto a serem esclarecidas pelos peritos”¹³⁰, é boa prática, a realização da audiência pessoal e direta previamente à formulação da prova pericial, dado que esta permitirá delimitar, concretizar e adaptar os seus quesitos ao processo em causa, e posteriormente, efetivar o princípio da necessidade das medidas a adotar. Porém, como firmado no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra¹³¹, a elaboração de um relatório pericial “deve ficar reservado para situações controvertidas, mais complexas ou de difícil avaliação”. Ainda assim, a ser realizado, compreende-se que os relatórios periciais contêm, muitas das vezes, descrições sumárias das patologias do beneficiário, não bastando para a aferição das medidas de acompanhamento a tomar. A prova pericial, servirá, sempre, com um meio complementar à audiência do beneficiário, e note-se que aquela, não expressará, como é almejado, a sua vontade.

A dificuldade reside na ponderação entre o elemento literal, “sempre” e “em qualquer caso” (artigo 897.º, n.º 2 do Código de Processo Civil) e na inserção, de algumas características, do processo especial de acompanhamento de maiores nos processos de jurisdição voluntária (artigo 981.º, n.º 1 do Código de Processo Civil).

De acordo com o disposto no artigo 987.º do Código de Processo Civil, o Tribunal, nas diligências a tomar, não está sujeito a critérios de legalidade estrita, devendo adotar em cada caso a solução que julgue mais conveniente e oportuna, podendo aderir, assim, ao critério da equidade. O juiz tem a liberdade de proferir uma decisão que, segundo a sua consciência e bom senso, seja mais equitativa àquele caso particular, aplicando critérios de conveniência

¹²⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 9922/18.1T8LSB-A.L1 de 08-10-2019. Relatores: Diogo Ravara e Ana Maria Silva.

¹³⁰ Acórdão do Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco, Processo n.º 992/20.3T8CTB-A.C1 de 11-05-2020. Relator: Vítor Amaral.

¹³¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 635/19.8T8CNT-A.C1 de 08-09-2020. Relator: Luís Cravo.

e oportunidade na decisão a tomar. Assim, poderia o juiz dispensar a audiência pessoal e direta do beneficiário, se assim o entendesse, e se assim o justificasse devidamente.

Comprovando-se que a diligência de audiência do beneficiário pelo Tribunal, prevista no artigo 898.º do Código de Processo Civil, “consustancia uma diligencia inexecuível, inútil e desnecessária e, nessa medida, atentória da integridade pessoal e do direito à reserva da intimidade da vida privada”¹³², em razão das suas condições de saúde, e por manifesta impossibilidade, deve o juiz fazer uso dos seus poderes de gestão processual (artigo 6.º, n.º 1 do Código de Processo Civil) e de adequação formal (artigo 547.º), dispensar a realização dessa mesma audiência, como firma o Tribunal da Relação de Coimbra.¹³³

Porém, note-se que o objetivo primordial da audiência pessoal e direta, como já referido, não é apenas “ouvir” o beneficiário, mas averiguar a sua situação concreta. A manifesta impossibilidade de audiência deve, por isso, ser fundamentada e alicerçada em prova pericial, contudo não em qualquer uma: “a utilização dos poderes de gestão processual e de adequação formal na dispensa da audiência pessoal e direta do Beneficiário, a ser admitida, tem de ficar reservada para situações de carácter verdadeiramente excecional”¹³⁴. Caso estejamos perante o caso, e se assim o entendermos, é de aplicar o princípio da limitação dos atos, pois não é lícito realizar no processo atos inúteis (cfr. artigo 130.º do Código de Processo Civil).

Todavia mesmo perante o disposto no artigo 897.º, n.ºs 1 e 2 encontramos uma contradição literal, que não se mostra de fácil resolução. Neste campo, a doutrina e a jurisprudência não é unânime ou consensual, e são muitas as opiniões que se estendem para além da lei. Procuramos, assim, encontrar aquela que melhor contende com a *ratio* do regime, e concretamente, com a *ratio* da audiência pessoal e direta do beneficiário. Segundo o n.º 1 do artigo *suprarreferido* deve o juiz ordenar as diligências que considere convenientes. Contudo, no seu n.º 2 parece existir não uma discricionariedade nas diligências a adotar, mas uma obrigatoriedade de audiência pessoal e direta do beneficiário, como já viemos a demonstrar. Como adiante veremos o disposto no artigo 139.º, n.º 1 do Código Civil, reitera

¹³² Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 312/19.0TCN-A.C1 de 19-05-2020. Relator: Fonte Ramos.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 12596/17.3T8LSB-A.L1.L1-2 de 16-09-2019 Relator: Laurinda Gemas.

essa ideia de obrigatoriedade, tal como declara o Conselho Superior da Magistratura e a Ordem dos Advogados, nos seus respetivos pareceres sobre proposta de Lei n.º 110/XIII que estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos institutos da interdição e da inabilitação. Também a Convenção das Nações Unidas de 30 de março de 2007 sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada em Nova Iorque, 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 adota o mesmo entendimento.

Não obstante, somos levados a crer que a prova pericial é um dos elementos essenciais para a averiguação da capacidade do beneficiário, nomeadamente, a sua capacidade para ser ouvido. Tendo a prova pericial lugar anterior à audição do beneficiário, por ter sido, designadamente, alegado estado vegetativo, e concluindo-se por esse mesmo estado, será o relatório pericial a prova cabal de que estamos perante uma manifesta impossibilidade de audição pessoal e direta do beneficiário. Com o devido respeito, não se compreende a posição vertida no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08/10/2019¹³⁵ “mesmo que uma eventual impossibilidade de o beneficiário se pronunciar, por impossibilidade de comunicação, o juiz deve pessoalmente verificar tal facto.” Não obstante a força probatória das respostas dos peritos ser fixada livremente pelo Tribunal, não pode olvidar-se que se trata de prova qualificada, de cariz técnico, científico ou artístico, capacidades, que a priori, o juiz não terá. “A prova pericial pode ser entendida como a forma de suprimento dos conhecimentos técnicos necessários, que o juiz não detém, e que são fulcrais para o apuramento da verdade e decisão da causa.”¹³⁶

A não se verificar a manifesta impossibilidade de audição, direta e pessoal, do beneficiário, por parte do juiz, e este não proceder à diligência a que está obrigado, encontramos-nos perante uma irregularidade geradora de nulidade processual ao abrigo do disposto no artigo 195.º, n.º 2 do Código Civil, determinando não só a anulação da decisão proferida como a realização da diligência omitida.¹³⁷

¹³⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 9922/18.1T8LSB-A.L1 de 08-10-2019. Relatores: Diogo Ravara e Ana Maria Silva.

¹³⁶ PEREIRA, Susana Cláudia da Silva. (2016). *A Prova pericial no Processo Civil*. Dissertação de Mestrado em Solicitadoria. Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico do Porto. Porto.

¹³⁷ Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 858/18.7T8CNT-A.C1 de 03-03-2010. Relator: Isaias Pádua. E Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 577/18.4T8CTB.C1 de 06-06-2019. Relator: Maria João Areias.

Haverá que ter em conta, desde logo que, o beneficiário da medida de acompanhamento é o “sujeito ativo da relação jurídica de cuidado, titular de direitos oponíveis ao Estado e também aos próprios cuidadores, independentemente das vestes que assumam do ponto de vista jurídico”¹³⁸, e por esse motivo, a sua vontade deverá ser respeitada. Afirma-nos a proposta de Lei n.º 110/XXIII que um dos objetivos da alteração legislativa era, precisamente, patentear o primado dos interesses pessoais e patrimoniais do beneficiário da medida, onde “a vontade deve ser respeitada e aproveitada até ao limite do possível”.¹³⁹

2.3. Internamento

Refere-nos o artigo 148.º do Código Civil que “o internamento do maior acompanhado depende de autorização expressa do Tribunal” e que, “em caso de urgência, o internamento pode ser imediatamente solicitado pelo acompanhante, sujeitando-se à ratificação do juiz.”

Inicialmente, por forma a destringir a constitucionalidade do internamento compulsivo, nomeadamente tendo em conta o princípio da dignidade humana, nas suas vertentes de liberdade, autonomia e autodeterminação, importa determinar a *rácio* subjacente à norma.

Paula Távora Vítor acredita estarmos perante um internamento que não visa a privação da liberdade em estabelecimentos adequados ao tratamento de doenças de foro psíquico, mas antes no “internamento de residência do acompanhamento e que inclui a colocação em lar ou outro estabelecimento”.¹⁴⁰

Não obstante, recorrendo à Lei da Saúde Mental, depreendemos que, seja um internamento para residência ou estabelecimento médico, o internamento em causa se refere ao internamento compulsivo.¹⁴¹

¹³⁸ VÍTOR, Paula Távora. (2018) *Os novos regimes de proteção das pessoas com capacidade diminuída*, em “Autonomia e Capacitação: os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência.” Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Porto. P.130 Em: <https://cije.up.pt/pt/e-books-e-special-issues/autonomia-e-capitacao-os-desafios-dos-cidadaos-portadores-de-deficiencia/>

¹³⁹ Proposta de Lei n.º 110/XIII, em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=42175>

¹⁴⁰ Retirado de CAMURÇA, Mónica Ramos. “Regime do maior acompanhado: análise crítica à problemática dos atos pessoais instituído pela lei 49/2018, de 14 de agosto”. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra. P. 48.

¹⁴¹ De acordo com o artigo 7.º encontramos por definição que o internamento compulsivo importa uma decisão judicial, enquanto que o voluntário é solicitado pelo portador de anomalia psíquica ou pelo representante legal de menor.

Apesar das suas divergências, tanto a privação de liberdade nos estabelecimentos médicos como em residência, sensibiliza vários direitos pessoais, ainda por mais tratando-se de um internamento compulsivo, onde a vontade do sujeito é coartada.

Neste sentido, como já mencionamos, a liberdade é tema central neste ponto. Afirma-nos o disposto no artigo 27.º da Constituição da República Portuguesa que todos têm direito à liberdade e que ninguém pode ser total ou parcialmente privado desta exceto por internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente. A liberdade é entendida por Inês Espinhaço Gomes como “liberdade de movimentos, ou liberdade corporal espacial de movimento e não a liberdade de deslocação, a proibição de ser obrigado a permanecer (ou fixar residência num certo local ou região).”¹⁴²

Estando perante um dispositivo constitucional é necessário alcançar os limites das suas restrições, atingíveis através do artigo 18.º, nos seus números 2 e 3. Destarte, as “compressões aos direitos fundamentais só são legítimas se, além de respeitarem todos os demais requisitos, prosseguirem o fim de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”¹⁴³ Consequentemente, o internamento continua a ser uma área delicada, de difícil equilíbrio entre liberdade, autodeterminação e segurança.

Tendo o internamento compulsivo como finalidade o restabelecimento do equilíbrio psíquico do doente e o desenvolvimento das capacidades envolvidas na construção da personalidade¹⁴⁴, o Estado deverá intervir para a proteção dessa pessoa, mesmo que isso implique a restrição de direitos fundamentais.

No que se refere à Lei da Saúde Mental, esta não permite o internamento em quaisquer casos, limitando-o às anomalias psíquicas graves, constatadas e comprovadas no momento que a decisão é proferida.

¹⁴² GOMES, Inês Espinhaço. (2020) *O internamento do maior (des)acompanhado à luz da constituição*. Julgar – n.º 41. Almedina. Coimbra. P. 82.

¹⁴³ Ibidem P. 87.

¹⁴⁴ Ideia retirada de MARTINS, Ana Teresa Araújo. (2020). *O internamento compulsivo. A actuação (possível) do ministério público face ao regime da lei n.º 36/98 de 24-07. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual*, em “Internamento Compulsivo. Formação do Ministério Público”. Centro de Estudos Judiciários. Lisboa P. 11.

Os psiquiatras tendem a adotar uma atitude utilitarista, procurando privilegiar o sucesso terapêutico ao invés da proteção dos direitos humanos, e chegam a reconhecer o internamento compulsivo enquanto direito do doente ao tratamento. Sustentam tal conclusão com o facto do internamento compulsivo constituir “apenas um condicionalismo, geralmente temporário, necessário à implementação de um plano terapêutico”¹⁴⁵, sendo amparados pelo princípio da beneficência que afirma que a “limitação intencional da autonomia de alguém, tendo quem a limita, como objetivo único, o benefício da pessoa cuja autonomia se encontra limitada”¹⁴⁶

No entanto, não podemos descurar as perdas que afetam os sentimentos de segurança e os valores do indivíduo. Como exemplo, verificamos que a D. Maria, ao entrar para o hospital, sofreu uma série de perdas: o nome (passou a ser tratada por avozinha ou doente da cama x), os seus objetos pessoais, o seu espaço (limitando-se a uma cama, mesinha e cadeira), o aspeto físico, a sua autonomia, a vida relacional e a sua ocupação.¹⁴⁷ “Estas perdas acumuladas dos diferentes componentes da identidade constituem uma diminuição maciça e morte da identidade.”¹⁴⁸

Ver o internamento como um direito ao tratamento do doente é apenas um motivo de legitimação possível. O perigo associado ao sujeito que sofre de anomalias psíquicas graves é, aliás, muitas vezes utilizado para constituir um critério legal: “o internamento compulsivo reveste, em primeira linha, a natureza de uma verdadeira medida de segurança pré-delitual, residindo a perigosidade exigida no preceito no risco de cometimento de factos que possam ser qualificados com crimes.”¹⁴⁹ Porém, afirmam alguns que “as medidas de tratamento forçado só devem ser exercidas quando há prática comprovada de atos antissociais, ou perigo demonstrado desses atos, deixando de se aplicar aos casos de doença sem manifestações

¹⁴⁵ NUNES, Ana Clara. (2008). *Internamento Compulsivo: aproximação bioética*. Revista Portuguesa de Bioética. Cadernos de Bioética. Edição do Centro de Estudos de Bioética. Porto. P. 94.

¹⁴⁶ *Ibidem*. P. 97.

¹⁴⁷ Exemplo retirado de CABETE, Dulce Gaspar. (1999). *O impacto do internamento no idoso*. Nursing. Revista de Formação Contínua em Enfermagem. N.º 137. P. 25 a 31.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ MENDES, Francisco Miller. *A Nova Lei de Saúde Mental*, em *A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo*. Coimbra Editora. Coimbra. P. 99-110, ob. cit., P. 102 e 103 *apud* MARTINS, Ana Teresa Araújo. (2020). *O internamento compulsivo. A actuação (possível) do ministério público face ao regime da lei n.º 36/98 de 24-07. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual*, em “Internamento Compulsivo. Formação do Ministério Público”. Centro de Estudos Judiciários. Lisboa. P. 26.

socialmente lesivas”¹⁵⁰. Assim, “o nível de perigo exigido deve situar-se na área do perigo concreto, na base da qual são construídos os crimes de perigo concreto do Código Penal. A iminência da ocorrência do dano que qualifica este tipo de perigo encontra-se próxima da lesão, ou seja, do dano efetivo (...). É nesta proximidade que se materializa a urgência que justifica a especial forma de privação da liberdade e mesmo o início do tratamento que integra este internamento”¹⁵¹ Enquanto isso, equiparar ao tratamento a uma medida de segurança é intensificar o estigma que recai sobre as doenças mentais.

O internamento compulsivo depende da verificação cumulativa dos pressupostos previstos no artigo 12.º da Lei de Saúde Mental, nomeadamente, o internando tem que ser portador de uma anomalia psíquica grave; por força dessa anomalia, este crie uma situação de perigo para bens jurídicos próprios ou alheios, de natureza pessoal ou patrimonial, de relevante valor; exista um nexo de causalidade entre a anomalia psíquica e a situação de perigo criada para os referidos bens jurídicos; e o internando recuse o tratamento médico necessário.

Assim, é necessário ver respeitados vários princípios jurídicos para que se aceite a legitimidade do tratamento forçado dos doentes mentais: necessidade, proporcionalidade, e subsidiariedade – presentes no artigo 8.º da Lei da Saúde Mental. Nestes ditames, o internamento compulsivo só poderá ser admitido quando não exista qualquer outra forma de submissão do doente aos tratamentos necessários (princípio da adequação); quando comparada a restrição da liberdade que acarreta o internamento esta seja justificada pelo bem jurídico em causa e pelo grau de perigo criado pelo agente (princípio da proporcionalidade); e haverá preferência pela medida de internamento em ambulatório (princípio da subsidiariedade).¹⁵²

¹⁵⁰ BARRETO, João. (1998). *O internamento forçado nas doenças mentais*, em “Bem da Pessoa e Bem Comum. Um desafio à Bioética”. Centro de Estudos de Bioética. Coimbra. P. 190.

¹⁵¹ DANTAS, António Leones. (1998). *Notas sobre o internamento compulsivo na lei de Saúde Mental*, em “Revista do Ministério Público”. Ano 19.º, Outubro-Dezembro 1998, n.º 76, ob. cit., P. 56, apud, MARTINS, Ana Teresa Araújo. (2020). *O internamento compulsivo. A actuação (possível) do ministério público face ao regime da lei n.º 36/98 de 24-07. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual*, em “Internamento Compulsivo. Formação do Ministério Público”. Centro de Estudos Judiciários. Lisboa. P. 29.

¹⁵² “A decisão de internamento implica uma séria e complexa ponderação de bens, pressupondo o valor da liberdade e só permitindo a sua constrição quando o perigo seja de molde a implicar o tratamento compulsivo e o desvalor que para a liberdade resulta do internamento não seja desproporcionado em relação ao valor que se visa proteger”, cfr. VIEIRA, José Carlos Andrade. (2000). *O internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica na perspectiva dos direitos fundamentais*, em “A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo.”: Coimbra Editora, Coimbra. apud, MONTEIRO, Jorge Cristiano Correio. (2020). *O internamento compulsivo. A actuação (possível) do ministério público face ao regime da lei n.º 36/98 de 24-*

Paralelamente, o consentimento esclarecido do paciente é tomado, em grande medida, como a solução da intervenção médica. Isso implica não só que o paciente tenha de ser informado, como deverá compreender o alcance do ato a ser realizado. Mais revela estando perante bens jurídicos de natureza pessoal, como a saúde e a vida. Afirma, neste sentido, André Gonçalo Dias Pereira que “no caso de uma eventual necessidade de representação esta deve orientar-se pela autodeterminação do sujeito e não pela hétéro determinação no maior âmbito possível”¹⁵³. Daqui resulta que a autodeterminação é um ponto fulcral nos cuidados de saúde.

Quando tal consentimento não é possível, por razões biopsicológicas, poderá justificar-se o recurso ao consentimento presumido e a autorização por representante legal. No entanto, sempre que este detenha capacidade para tomar decisões racionais, compreender os critérios de decisão, decidir sobre valores (efetuar um custo-benefício), compreender factos (ser capaz de compreender processos causais futuros)¹⁵⁴ e alternativas e capacidade para se autodeterminar com base na informação obtida (capacidade de relacionar os seus valores e os seus conhecimentos)¹⁵⁵, deverá a sua vontade ser respeitada. Assim, “o doente, em virtude da anomalia psíquica de que padece, não está capaz de prestar consentimento para o internamento, e por isso, é mister que o ato da sociedade não seja tido pela sociedade como arbitrário ou discriminatório, mas antes como a única medida adequada a afastar a situação de perigo, para bens jurídicos, próprios ou alheios, pessoais ou patrimoniais de relevante valor, criada por força da anomalia psíquica de que padece.”¹⁵⁶

07. *Enquadramento jurídico, prática e gestão processual*, em “Internamento Compulsivo. Formação do Ministério Público”. Formação Ministério Público. Centro de Estudos Judiciários. Lisboa. P. 85.

¹⁵³ PEREIRA, André Gonçalo Dias. (2006). *A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*, em “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977.” Volume II. Coimbra. P. 200.

¹⁵⁴ Assim, o juízo sobre a capacidade para consentir, no mesmo doente, pode variar de caso para caso, em função da gravidade e complexidade da intervenção proposta, cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias. (2006). *A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*, em “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977.” Volume II. Coimbra. P. 209.

¹⁵⁵ Definição sobre o conceito de capacidade para consentir segundo AMELUNG. Ideia retirada de PEREIRA, André Gonçalo Dias. (2006). *A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*, em “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977.” Volume II. Coimbra. P. 209.

¹⁵⁶ MARTINS, Ana Teresa Araújo. (2020). *O internamento compulsivo. A actuação (possível) do ministério público face ao regime da lei nº 36/98 de 24-07. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual*, em “Internamento Compulsivo. Formação do Ministério Público”. Centro de Estudos Judiciários. Lisboa. P. 13-14.

Uma das soluções apontadas para a questão do internamento compulsivo e intervenções médicas é a institucionalização dos procuradores de cuidados de saúde, pessoa a quem o paciente esclarece os seus valores e opções que tomaria em determinada situação.¹⁵⁷

Verificando-se que o acompanhado se encontra num estágio degenerativo em que não é possível determinar a sua vontade, atender-se-á, se possível, às suas diretivas antecipadas da vontade expressas através de testamento vital ou procurador de cuidados de saúde. Vinculativo será, para a validade deste, um consentimento livre, esclarecido, prestado por um sujeito maior com plena capacidade.

Apesar de o internamento, *a limite*, ser determinado pelo tribunal, verifica-se que a variável “atitude do familiar acompanhante, se revelou, como o fator isolado de maior peso na tomada de decisão do clínico, relativamente ao internamento do doente”¹⁵⁸. Assim sendo, mostra-se a tamanha importância do papel do acompanhante, analogicamente. Refere-nos o artigo 21.º, n.º 6 do Código Deontológico da Ordem dos Médicos que, “a informação fornecida pelos representantes legais, familiares ou pessoas das relações próximas é relevante para o esclarecimento da vontade dos doentes”, procurando-se, dessa forma a decisão que o acompanhado tomaria de forma livre e esclarecida se para tal tivesse capacidade.

Assim, “o desejado balanço entre a eficácia clínica e o respeito pela pessoa humana não será um achado fácil, mas cremos que o debate, ainda escasso, e o ensaio de novas soluções imaginativas e arrojadas, poderão por em marcha procedimentos capazes de aliviar muito o sofrimento e fazer brilhar nova esperança para tantos de nós”¹⁵⁹

¹⁵⁷ De acordo com o artigo 21.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos o médico deve respeitar a sua decisão.

¹⁵⁸ NUNES, Ana Clara. (2008). *Internamento Compulsivo: aproximação bioética*. Revista Portuguesa de Bioética. Cadernos de Bioética. Edição do Centro de Estudos de Bioética. Porto. P. 92.

¹⁵⁹ BARRETO, João. (1998). *O internamento forçado nas doenças mentais*, em “Bem da Pessoa e Bem Comum. Um desafio à Bioética”. Centro de Estudos de Bioética. Coimbra. P. 192.

2.4. Conflito de interesses

Afirmamos o artigo 150.º do Código Civil que “o acompanhante deve abster-se de agir em conflito de interesses com o acompanhado”, dado que “o interesse a prosseguir é o de apenas uma pessoa: o do/a maior que se pretende ver acompanhado/a.”¹⁶⁰

Relativamente a esta questão importa notar a posição do legislador quando permitiu que fosse designado acompanhante “a pessoa indicada pela instituição em que o acompanhado esteja integrado”¹⁶¹. Poder-se-ia, neste sentido, advogar que tal pessoa agiria em conflito de interesses, desde logo, “por causa da gestão do dinheiro e dos correspondentes pagamentos à instituição”¹⁶². No entanto, existindo norma expressa quanto à possibilidade do Tribunal indicar tal sujeito para salvaguardar o imperioso interesse do beneficiário e, estabelecendo que “sendo necessário, cabe-lhe requerer ao Tribunal autorização ou as medidas concretamente convenientes”, “julga-se que este potencial conflito não pode impedir a nomeação para o cargo conflito por parte das referidas pessoas ligadas à instituição onde o acompanhado esteja integrado”¹⁶³. Ainda assim, como já referido “essa nomeação envolve uma despersonalização ou desumanização da função que só deve ser assumida em último caso, não estando disponível nenhuma alternativa melhor”.¹⁶⁴

Uma vez que as medidas decretadas influenciam a escolha do acompanhante¹⁶⁵ e a atuação que este terá, entendemos que o conflito de interesses será, necessariamente, averiguado consoante tal relação. Aliás, verificando-se um possível conflito de interesses entre o acompanhado e o acompanhante, deverá este pedir autorização ou as medidas necessárias para superar tal conflito. Não o fazendo, o negócio será anulável, de acordo com o artigo 261.º do Código Civil. No que tange ao disposto referido haverá que notar que,

¹⁶⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 228/17.4T8PTL.G1, de 12-09-2019. Relator: José Alberto Moreira Dias.

¹⁶¹ Artigo 143.º, n.º 2, alínea g) do Código Civil

¹⁶² Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 63/19.5T8PVZ.P2, de 22-03-2021. Relator: Pedro Damiano e Cunha

¹⁶³ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 63/19.5T8PVZ.P2, de 22-03-2021. Relator: Pedro Damiano e Cunha

¹⁶⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 5095/14.7TCLRS.L1.S1 de 17-12-2020. Relator: Maria Clara Sottomayor

¹⁶⁵ Conforme refere o Tribunal da Relação do Porto (no Processo n.º 887/18.0T8PVZ.P1, de 24-10-2019. Relator: Aristides Rodrigues de Almeida): “uma vez que apenas estas medidas foram consideradas necessárias, a designação do acompanhante deve ter como referencial essas medidas e a actuação que será necessária para as colocar em prática”

comparativamente, ao disposto no artigo 150.º, a sua intencionalidade é menos ampla¹⁶⁶ dado abranger apenas negócios jurídicos ao invés de qualquer atuação. Ainda, a anulação do negócio não opera caso o representado/ acompanhado tenha especificadamente consentido na celebração ou se o negócio exclua por sua natureza a possibilidade de um conflito de interesses, conforme refere a última parte do artigo 261.º do Código Civil. A respeito de repare-se que tais exceções não coadunam com o regime do maior acompanhado. A medida de acompanhamento foi decretada justamente porque o sujeito se entra impossibilitado de exercer, plena e conscientemente, os seus direitos, e, portanto, não poderá consentir ou autorizar o negócio celebrado.

O facto de poder ser conferido ao acompanhante o poder de representação geral ou especial acarreta riscos: “o risco de atuação para lá daquilo que foi legitimado e a ideia de que ninguém acautela melhor os seus interesses do que o titular dos mesmos”¹⁶⁷ Nesta esteira, o disposto no artigo 150.º do Código Civil vem, também, salvaguardar o acompanhado na sua pessoa e património.

¹⁶⁶ Ideia retirada de BARBOSA, Mafalda Miranda. (2019). *A proscricção do conflito de interesses no direito civil: considerações acerca do artigo 261.º CC*. Revista da Ordem dos Advogados. Jan./ Jun. P. 177.

¹⁶⁷ *Ibidem*. P. 161.

Conclusão

A urgência na elaboração e materialização deste novo regime foi sustentada em razões de cariz constitucional e no imperioso reconhecimento de se salvaguardar a igualdade das pessoas com deficiência face a todas as restantes. Foi reconhecida a conveniência em seguir um modelo que atenta primeiramente à situação real do sujeito, adaptando todo o regime em torno das suas necessidades, preferências e vontades. Tornou-se o beneficiário da medida de acompanhamento o coração do regime e criou-se um regime flexível atento às diferenças de cada um.

A *final* a mudança de regime – do dualista para o monista – permitiu (pelo menos) atenuar o preconceito gerado em volta dos sujeitos com capacidade diminuída. Os dispositivos normativos e as suas epígrafes foram substituídas por um único que abandona a carga negativa associada aos anteriores. Seguramente, a conotação de “maior acompanhado” ao invés de “interdito” e “inabilitado” surge com uma conotação distinta. A valoração de um conceito – a descoberta do seu significado – implica em si o ato de julgar. Por isso as palavras utilizadas possuem uma carga que poderá deturpar o seu entendimento. Crê-se, dessa forma, que a mudança de termos teve, em si, uma mudança positiva. Da mesma forma, a consagração de forma genérica dos fundamentos para o decretamento das medidas de acompanhamento permitem atender à realidade multivalorativa.

Aliás, os conceitos anteriores sugeriam a ideia de que os sujeitos que eram considerados como tal não possuíam qualquer tipo de aptidão ou capacidade, por isso mostrou-se também necessária a mudança. Hoje, com o novo regime, é reconhecido a cada sujeito a adequação das medidas a aplicar consoante o seu caso concreto – com o recurso à equidade. Apesar das desvantagens imputadas a este método julgamos ser ele uma salvaguarda do princípio da dignidade humana, nomeadamente, na sua vertente da autonomia e autodeterminação. Embora seja dado ao juiz um grau de discricionariedade um tanto perigoso, o seu balizamento pelos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade assegura uma solução justa, individualizada e protetiva.

Foi desta forma respeitado o princípio da dignidade, na sua vertente de autodeterminação e programação da própria vida e é este que permite *à priori* e *à posteriori* alcançar a forma a medida e o alcance das medidas decretadas. Estas sendo delimitadas justificadamente, com

base na premissa de que o sujeito é um agente autónomo, que se deverá aplicar as medidas menos restritivas: as necessárias, as adequadas e as proporcionais, e sendo reconhecido o critério de vontade não tecemos dúvidas quanto ao avanço positivo deste novo regime.

A necessidade de adaptação das medidas de acompanhamento, o carácter singular de cada pessoa, a própria valoração de dignidade humana – condicionada também pelo quotidiano de cada um – implica que o juiz aprofunde o seu conhecimento sobre o modo de viver do acompanhado. Portanto, entendemos ser obrigatória a audição do beneficiário e que esta seja realizada de forma pessoal e direta. A realização desta audição importará igualmente na determinação da necessidade de realização de uma perícia que, salvo melhor entendimento, será imprescindível para comprovar o estado mental do requerido. Apenas se se considerar um ato inútil, comprovado por perícia, é que a sua dispensa será admissível. Apenas desta forma se garante um total aproveitamento da autonomia do sujeito e se garante o que se pretende alcançar: um regime justo e protetivo assente no princípio da dignidade humana.

A possibilidade conferida ao Tribunal de restringir “direitos pessoais” carece de um melhor desenvolvimento e cautela das situações previstas. Não poderá o Tribunal adotar tais decisões sem se alicerçar em fundamentos válidos, coesos, baseados numa factualidade comprovada pois a regra é sempre a da capacidade geral de agir. Só o superior interesse do acompanhado legitimará a limitação de direitos de personalidade. A leitura da norma gera, no entanto, dúvidas sobre a forma como é executado o acompanhamento: parece-nos que os direitos apenas poderão ser restringidos e de nenhuma forma, nem com o apoio necessário, poderão ser exercidos. A este propósito refere-se ainda que o processo de autorização de tais atos é moroso e complexo e poderá levar, destarte, a uma situação de restrição indevida de direitos fundamentais.

A eleição pela preferência da vontade do acompanhado na escolha do acompanhante garante a aplicação dos princípios a que o legislador se propôs. A preterição desta reveste uma natureza excecional e deverá ser fundamentada em razões que, objetivamente, sustentem que o sujeito escolhido não salvaguarda imperioso interesse do mesmo. Entendemos até que esta preterição apenas poderá operar em última instância. Haverá que atender à vontade presumida do acompanhante desde que se verifique que esta se manteria, no contexto em que o sujeito se insere.

O mandato em previsão do acompanhamento foi um ponto fulcral na mudança de regime. Este possui em si um importantíssimo relevo na determinação da vontade do acompanhado, dando força à tão almejada autonomia e autodeterminação do sujeito. Para além da extensão geral do mandato, o Tribunal tê-lo-á em conta na definição do âmbito de proteção e na designação do acompanhante. A ressalva feita pelo legislador quanto ao aproveitamento parcial do mandato e a possibilidade da sua cessação é de louvar dado ter sido reconhecida a eventualidade da mudança de vontade do acompanhado. Todavia temos reservas quanto ao alcance prático da figura que, sendo realizada sob condição suspensiva, pouco ou nenhum terá.

A questão do internamento gera questões de difícil resolução pelo que, desde logo, se mostrou necessário o recurso a argumentos médicos e, necessariamente constitucionais. Importou, neste sentido, destringer os fundamentos da sua legitimidade, isto é, quais são os direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que legitimam a sua compressão. Certo é que o internamento visará o benefício da pessoa, no entanto esta privação acarretará várias perdas – identidade, autonomia e autodeterminação. O argumento da perigosidade social apresentado por muitos é válido, mas por si só não legitima o internamento compulsivo, carecendo de uma prática comprovada de atos antissociais. Por esse motivo a densificação dos pressupostos relativos ao internamento compulsivo presentes na Lei de Saúde Mental necessitam de ser transpostos para o regime do maior acompanhado pois só dessa forma se logra uma solução constitucional, justa e que fomente a autonomia do sujeito.

O dispositivo normativo que regula o conflito de interesses entre o acompanhado e o acompanhante é um garante do beneficiário da medida, embora reservemos algumas dúvidas quanto à possibilidade de nomeação como acompanhante da pessoa indicada pela instituição em que o acompanhado esteja integrado dado tal envolver uma despersonalização e, sendo este o gestor da instituição apenas terá interesse no funcionamento do mesmo. A consagração desta norma permite concluir que o superior interesse será sempre o do acompanhado, se alguma dúvida houvesse sobre isso.

Julgamos que, apesar das dificuldades ainda sentidas e os riscos inerentes, próprios de um regime flexível, a mudança teve um balanço positivo. Reconheceu-se e efetivou-se a autonomia do sujeito e ultrapassou-se a visão de que era necessário um dispositivo normativo invasivo da dignidade humana para acautelar os interesses do sujeito com

capacidade diminuída. Encerrou-se as dúvidas interpretativas adjacentes ao anterior regime e, expressamente, determinou-se que a autonomia poderá deter variadas intensidades.

Em suma, cremos que a densificação jurisprudencial tomará as rédeas certas num avanço (ainda mais) positivo na aplicação do regime do maior acompanhado.

Bibliografia

ARAÚJO, Cláudia Maria Ferreira das Neves Oliveira. (2021). *O Ministério Público e o regime do maior acompanhado*, em “O Ministério Público e o regime do maior acompanhado.” Formação Ministério Público. Centro de Estudos Judiciários. Lisboa.

BARBOSA, Mafalda Miranda. (2014). *Breves reflexões em torno do art. 127.º do Código Civil*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra.

BARBOSA, Mafalda Miranda. (2019). *A proscrição do conflito de interesses no direito civil: considerações acerca do artigo 261.º CC*. Revista da Ordem dos Advogados. Jan./ Jun.

BARBOSA, Mafalda Miranda. (2021). *Recensão da obra Grégor Puppink. Os direitos do homem desnaturado*. Princípios, 2019. Católica Law Review, 5(2). Cascais.

BARRETO, João. (1998). *O internamento forçado nas doenças mentais*, em “Bem da Pessoa e Bem Comum. Um desafio à Bioética”. Centro de Estudos de Bioética. Coimbra

BATISTA, Bárbara Maria de Moraes Machado. (2012). *Autonomia do Doente - dos Fundamentos Teóricos às Diretivas Antecipadas de Vontade* Dissertação de Mestrado em Medicina. Universidade da Beira Interior. Covilhã.

BESSA, Ana Rita Moreira (2018). *O atual regime jurídico da interdição e da inabilitação. Uma reflexão crítica*. Tese de mestrado em Ciências Jurídico-Forenses. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra.

CABETE, Dulce Gaspar (1999). *O impacto do internamento no idoso*. Nursing. Revista de Formação Contínua em Enfermagem. N.º 137.

CAMPOS, Diogo Leite. (2011). *As Relações de Associação - O Direito Sem Direitos*. Almedina. Coimbra.

CAMURÇA, Mónica Ramos. “Regime do maior acompanhado: análise crítica à problemática dos atos pessoais instituído pela lei 49/2018, de 14 de agosto”. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra.

COELHO, Francisco Brito Pereira. (2016). *Os factos no casamento e o direito na união de facto: breves observações*. Imprensa da Universidade de Coimbra. Coimbra.

COELHO, Francisco Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de. (2006). *Curso de Direito da Família*, Vol. I, Introdução, Direito Matrimonial, 4.^a edição, Coimbra Editora. Coimbra.

CORDEIRO, Luís Menezes. (2018). *Da situação jurídica do maior acompanhado*. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores. *Revista de Direito Civil*, Vol. 3, No. 3.

CORREIA, João Conde. (2013) *Intervenções legais como forma de proteger o doente com patologia dual*. *Revista do Ministério Público*, Ano 34, N.º 134, SMMP, Abril/Junho, P. 77 e 78, *apud* BESSA, Ana Rita Moreira. (2018). *O atual regime jurídico da interdição e da inabilitação. Uma reflexão crítica*. Tese de mestrado em Ciências Jurídico-Forenses. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra.

COSTA, Mariana da. (2018). *O reconhecimento da proibição do excesso como critério delimitador das medidas de acompanhamento das pessoas com deficiência em Autonomia e Capacitação: os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência*. Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Porto.

COSTA, Romina. (2015). *Autodeterminação para termos de incapacidade – efeitos pessoais e patrimoniais*. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra.

Departamento de Formação, Estudos e Pareceres do SMMP Grupo de Trabalho da Área Cível. (2017). *Proposta de Lei que estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos antigos institutos da interdição e da inabilitação. Altera o Código Civil, o Código de Processo Civil e diversos outros diplomas*.

GOMES, Inês Espinheiro. (2020) *O internamento do maior (des)acompanhado à luz da constituição*. Julgar – n.º 41. Almedina. Coimbra.

GOMES, Joaquim Correia. (2018) *Autonomia e (in)capacidades: passado, presente e futuro*, em *Autonomia e Capacitação: os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência*. Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Porto.

GONÇALVES, Diogo Costa. (2008). *Pessoa e Direitos de Personalidade. Fundamentação Ontológica da Tutela*. Almedina. Coimbra.

GONÇALVES, Diogo Costa. (2015). *Personalidade vs Capacidade Jurídica - um regresso ao monismo conceptual?* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 75 - Vol.I/II – Jan/Jun. Lisboa.

GONÇALVES, Sónia. (2016). Tese de Mestrado em Direito das Famílias e Sucessão. Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga.

GONZÁLEZ, José Alberto. (2017). *Acompanhamento de pessoas maiores*. Repositório das Unidades Lusíadas. Lisboa. P. 60 Em: <http://hdl.handle.net/11067/4633v>

IBÁÑEZ, Jorge Gracia. (2018). *O direito e o dever de cuidado: Elementos de direito comparado quanto ao acompanhamento de maiores*, em *Autonomia e Capacitação: os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência*. Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Porto.

LEITÃO, Luís Menezes. (2009). *Direito das Obrigações*. Volume III. 6.º Edição. Almedina. Coimbra.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes cfr. VÍTOR, Paula Távora. (2008). *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*. Coimbra Editora.

MARQUES, Sandra. (2019). *A autonomia e a autodeterminação das pessoas com deficiência – critérios de avaliação e seus reflexos na escolha da medida de acompanhamento* em *Direitos das Pessoas com Deficiências*, Centro de Estudos Judiciários. Formação Contínua. Lisboa.

MARTINS, Ana Teresa Araújo. (2020). *O internamento compulsivo. A actuação (possível) do ministério público face ao regime da lei n.º 36/98 de 24-07. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual*, em “Internamento Compulsivo. Formação do Ministério Público”. Centro de Estudos Judiciários. Lisboa.

MARTINS, Rosa Cândido. (2019). *Acompanhamento e negócios fora do comércio jurídico* em “Coloquio – O Novo regime do maior acompanhado”, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra.

MIRANDA, Jorge. (1999). *A Constituição e a dignidade da pessoa humana*. Didaskalia. Lisboa.

MONTEIRO, António Pinto. (2017). *O Código Civil Português entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro*, Volume comemorativo do cinquentenário do Código Civil Português *apud* BARBOSA, Mafalda Miranda. (2018). *Maiores Acompanhados: da Incapacidade à Capacidade?* Revista da Ordem dos Advogados. Ano 78 - Vol. I/II - Jan./Jun. Lisboa.

MONTEIRO, Jorge Cristiano Correio. (2020). *O internamento compulsivo. A actuação (possível) do ministério público face ao regime da lei n.º 36/98 de 24-07. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual*, em “Internamento Compulsivo. Formação do Ministério Público”. Formação Ministério Público. Centro de Estudos Judiciários. Lisboa.

MOREIRA, Sónia. (2018). *A reforma do regime das incapacidades: o maior acompanhado* em “Temas de Direito e Bioética – VOL I, Novas questões do direito da Saúde”, Escola de Direito da Universidade do Minho. Braga.

NEIVA, André Luiz de Almeida. (2012). *Autonomia e dignidade da pessoa humana como fundamentos da concepção de justiça em Kant, Hegel, Rawls e Dworkin*. Seminário Interno de Avaliação da Iniciação Científica – PUCRS.

NOVAIS, Jorge Reis. (2006). *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*. Coimbra Editora. Coimbra. P. 31 *apud* RIBEIRO, Geraldo Rocha. (2020). *O instituto do maior acompanhado à luz da convenção de Nova Iorque e dos direitos fundamentais*. Julgar Online.

NOVAIS, Jorge Reis. (2014). *Princípios estruturantes de estado de direito*. Coimbra Editora. Coimbra.

NUNES, Ana Clara. (2008). *Internamento Compulsivo: aproximação bioética*. Revista Portuguesa de Bioética. Cadernos de Bioética. Edição do Centro de Estudos de Bioética. Porto.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. (2014). *Diretivas antecipadas de vontade em Portugal*. Julgar Online. Coimbra Editora. Coimbra.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. (2006). *A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*, em “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977.” Volume II. Coimbra.

PEREIRA, Susana Cláudia da Silva. (2016). *A Prova pericial no Processo Civil*. Dissertação de Mestrado em Solicitadoria. Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico do Porto. Porto.

RIBEIRO, Geraldo Rocha. (2016). *Notas sobre as incapacidades jurídicas previstas no Código Civil à luz do artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das pessoas com deficiência* em Direito das pessoas com deficiência. Centro de Estudos Judiciários. Formação contínua. Lisboa.

RIBEIRO, Geraldo Rocha. (2020). *O instituto do maior acompanhado à luz da convenção de Nova Iorque e dos direitos fundamentais*. Julgar Online.

RIBEIRO, Lucas Nóbrega. (2019). *O maior acompanhado e as diretivas antecipadas da vontade*. Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde Ano 16 - n.º 31-32 - Janeiro/Dezembro. Coimbra.

RIBEIRO, Nuno. (2019). *O maior acompanhado – lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, o novo regime do maior acompanhado* em “O novo regime jurídico do maior acompanhado”. Centro de Estudos Judiciários. Formação contínua. Lisboa.

ROCHA, Mariana Alves da. (2019). *Autonomia e Inclusão* em Direitos das Pessoas com Deficiências, Centro de Estudos Judiciários. Formação Contínua. Lisboa.

VASCONCELOS, Pedro. (2019). *Maior acompanhado, “direitos pessoais” e negócios da vida corrente* em “Direito das pessoas com deficiência”. Centro de Estudos Judiciários. Formação contínua. Lisboa.

VÍTOR, Paula Távora, RIBEIRO, Geraldo Maciel. (2017). *Proposta de Lei sobre a Condição Jurídica das Pessoas Maiores em Situação de Incapacidade*. Centro de Direito da Família. Lisboa.

VÍTOR, Paula Távora. (2008). *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*. Coimbra Editora. Coimbra.

VÍTOR, Paula Távora. (2018). *Os novos regimes de proteção das pessoas com capacidade diminuída*, em *Autonomia e Capacitação: os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência*. Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Porto.

Jurisprudência

Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto:

- Processo n.º 113/22.8T8VNG.P1, de 04-04-2020. Relator: Eugénia Cunha.
- Processo n.º 887/18.0T8PVZ.P1, de 24-10-2019. Relator: Aristides Rodrigues de Almeida.
- Processo n.º 63/19.5T8PVZ.P2, de 22-03-2021. Relator: Pedro Damião e Cunha.

Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra:

- Processo n.º 1067/20.0T8LRA.C1 de 07-09-2021. Relator: José Avelino Gonçalves.
- Processo n.º 312/19.0TCN-A.C1 de 19-05-2020. Relator: Fonte Ramos.
- Processo n.º 635/19.8T8CNT-A.C1 de 08-09-2020. Relator: Luís Cravo.

Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães:

- Processo n.º 45/21.7T8VLN.G1 de 02-06-2022. Relator: Conceição Sampaio.
- Processo n.º 58/19.9T8VPA-A.G1 de 12-11-2020. Relator: Raquel Batista Tavares.
- Processo n.º 408/21.8T8VRL.G1, de 19-05-2022. Relator: Pedro Maurício.
- Processo n.º 97/14.6T8BCL-B.G1, de 13-05-2021. Relator: Margarida Almeida Fernandes.
- Processo n.º 228/17.4T8PTL.G1, de 12-09-2019. Relator: José Alberto Moreira Dias.

Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa:

- Processo n.º 1609/18.1T8ALM.L1-8, de 04-06-2020. Relator: Rui Moura.
- Processo n.º 2039/19.3T8ALM.L1-8, de 28-05-2020. Relator: Maria Amélia Ameixoeira
- Processo n.º 4106/11.2TCLRS-B.L1- 8 de 13-01-2022. Relator: Cristina Lourenço.
- Processo n.º 12596/17.3T8LSB-A.L1.L1-2 de 16-09-2019 Relator: Laurinda Gemas.

- Processo n.º 9922/18.1T8LSB-A.L1 de 08-10-2019. Relatores: Diogo Ravara e Ana Maria Silva.

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça:

- Processo n.º 5095/14.7TCLRS.L1.S1, de 17-12-2020, Relator: Maria Clara Sottomayor.

- Processo n.º 704/09.9TBNF.S1, de 07-07-2009. Relator: Fonseca Ramos.

Acórdãos do Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco:

- Processo n.º 992/20.3T8CTB-A.C1 de 11-05-2020. Relator: Vítor Amaral.