

# O INTERNAMENTO «CIVIL» NA RELAÇÃO JURÍDICA DE MAIOR ACOMPANHADO

DAR SENTIDO AO ARTIGO 148.º DO CÓDIGO CIVIL

[https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia\\_psiquica/9](https://doi.org/10.47907/livro/2020/anomalia_psiquica/9)

*Geraldo Rocha Ribeiro*

Doutorando FDUC

## 1. Introdução

A mudança de paradigma na salvaguarda de interesses das pessoas com deficiência é uma exigência na garantia dos seus direitos fundamentais. Como tal, era imperioso que o Código Civil fosse alterado e o regime das incapacidades revogado, com vista a dar lugar, no sistema de direito civil, ao paradigma de inclusão da pessoa com deficiência na autodeterminação dos seus interesses por oposição a medidas que pressupõem a incapacidade jurídica e sua substituição.

No entanto, atenta a amplitude dos pressupostos que justificam a medida de acompanhamento (artigo 138.º do Código Civil)<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> Deve desde já ser dado nota da necessidade de interpretação conforme os direitos fundamentais do artigo 138.º do Código Civil. Atento o carácter aberto da cláusula geral que inscreve esta norma para efeitos de fixação dos pressupostos para a constituição da medida de maior acompanhado, a legitimidade da intervenção e configuração da medida dependerá do seu recorte ao conteúdo do objecto da relação de maior acompanhado. Esta será, necessariamente, de geometria variável atendendo à capacidade para autodeterminação do beneficiário e necessidades a suprir. Dito isto, quando nos circunscrevemos às situações de comportamentos aditivos e questões como o internamento e tratamento compulsivo

torna-se imperioso concretizar, se não mesmo, materializar os poderes deveres do acompanhante na nova relação jurídica, em particular em intervenções que representam uma *potencial* restrição dos direitos fundamentais do beneficiário, como será o caso de medidas de internamento (artigo 148.º do Código Civil)<sup>2</sup>.

---

ao abrigo da medida de maior acompanhado temos de ter especiais cautelas. Ou bem que o beneficiário consente a intervenção (manifestando-se além da mera autorização para impulsionar o processo), ou a sua capacidade se encontra afectada por causa da falta ou limitação de faculdades para a sua autodeterminação geral e não somente pela viciação decorrente do seu estado de dependência. A sua condição advém da inaptidão para decidir e não da incapacidade para superar o estado de dependência. Logo, não é o mero estado de dependência que justifica a constituição da medida de maior acompanhado, bem como a possibilidade de inscrever no seu objecto medidas de cuidado de saúde ou residência não justifica *per se* a possibilidade do acompanhante decidir o internamento e tratamento compulsivo em comportamentos aditivos (em especial, casos de alcoolismo e toxic dependência). Apenas em situações que reflectam a perda de faculdades volitivas e intelectuais do beneficiário ao ponto de limitar a sua capacidade (ou seja, acompanhadas de patologias incapacitantes) é que se pode admitir uma intervenção do acompanhante como meio de suprir a sua incapacidade e não como instrumento de autoridade justificador de um tratamento compulsivo. A título de exemplo, vejam-se as decisões do BGH de 03.02.2016 (XII ZB 317/15. *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht* [beck-online] 2016, 513) e 18.07.2018 (XII ZB 167/18. *Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit* [beck-online] 2019, 24). Nesta última, o internamento foi justificado por que os consumos de álcool potenciavam a ocorrência de crises epilépticas, agravando a evolução da demência resultante do síndrome de Síndrome de Korsakoff. O tribunal conclui que, sem o confinamento, era expectável a ocorrência de quedas e danos físicos para o beneficiário que poderiam provocar a sua morte. Sobre este acórdão ver Andreas GIETL. „Geschlossene Unterbringung des alkoholkranken Betreuten und Einwilligungsvorbehalt“. *Neue Zeitschrift für Familienrecht* (2018) 22. p. 1054. Como nota Dodegge a medida só pode ser justificada nos casos em que haja um perigo iminente para os interesses próprios do beneficiário e desde que associado a uma patologia que afecta a sua capacidade de decidir autónoma e responsabilmente (“Die Entwicklung des Betreuungsrechts bis Ende Juli 2015”. *Neue Juristische Wochenschrift* 37 (2015) 2701).

<sup>2</sup> Como notam José Ribeiro de Albuquerque / Margarida Paz, «não se percebe qual o objectivo deste «internamento», sobretudo quando a Lei de Saúde Mental (...) estabelece os princípios gerais da política de saúde mental e regula o internamento compulsivo dos portadores de anomalia psíquica, designadamente das pessoas com doença mental (artigo 1.º). Esta matéria está rodeada das mais especiais cautelas, pois estão em causa os direitos fundamentais da liberdade e segurança, como resulta do artigo 27.º, n.º 3, alínea h) da [Constituição], que

## 2. O contexto legal. De onde surge o artigo 148.º do Código Civil

O novo artigo 148.º do Código Civil introduz a possibilidade do cuidador nomeado, no âmbito de uma relação jurídica civil, decidir sobre a possibilidade de internar um pessoa maior que beneficia de uma medida de acompanhamento. Não antecipando o que se pode entender ou incluir no conceito de internamento, podemos no entanto prever que neste conceito se inclui a ideia de sujeição do beneficiário a permanecer numa instituição, impossibilitando ou limitando a sua circulação, bem como a faculdade de residir no seu domicílio habitual. Falar em internamento encerra uma ideia de confinamento. A esta limitação da liberdade de movimentos, acresce a limitação à liberdade de autodeterminar os cuidados de saúde a receber. Isto é, pode também incluir-se no seu conceito ou, pelo menos, pressupor-se que ao internamento se associa tratamento médico compulsivo (sem consentimento do beneficiário).

À novidade da previsão de uma norma sobre o internamento (matéria que não era minimamente regulada de forma expressa no anterior regime de interdição e inabilitação), constatamos que não houve uma correspondente regulação adjectiva. Confrontando as alterações na lei adjectiva com a aprovação do instituto do maior acompanhado, verificamos que não existe nenhum processo ou incidente processual que regule especificamente esta autorização. Neste sentido, estaremos perante uma situação jurídica sujeita ao artigo 1014.º Código de Processo Civil<sup>3</sup>.

---

expressamente se refere ao «internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente» (cf. *Adultos-Idosos dependentes ou especialmente vulneráveis*. Tomo II, Lisboa: Imprensa Nacional, 2018, 60).

<sup>3</sup> Poder-se-á, ainda, discutir a possível atribuição de competência ao Ministério Público, por aplicação do Decreto-Lei n.º 272/2001, 13.10, atento o teor do seu artigo 2.º, n.º1, alínea b), ultrapassando o problema da jurisprudência que entendia ser competência dos Tribunais, e não do Ministério Público, para autorizar os actos a realizar por tutor ou curador, no quadro do regime da interdição e inabilitação, isto é, antes da alteração protagonizada pela Lei n.º 49/2018, 14.08 (veja-se, nomeadamente, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Novembro de 2014, ECLI:PT:STJ:2004:04B3008.70, e de 9 de Julho de 2014, ECLI:PT:STJ:2014:1129.07.OTBAGH.A.LI.SI.5C, ambos disponíveis no sítio [jurisprudencia.csm.org.pt](http://jurisprudencia.csm.org.pt)). Uma vez que o teor da alínea b) do n.º 1,

Em termos de processo legislativo ter-se-á que ter em conta o anterior regime de interdição e inabilitação. Neste sistema, a principal preocupação do legislador, na égide da «incapacité de protection», era assegurar que aqueles que não tinham um padrão de capacidade volitiva e intelectual bastante para gerir os seus interesses patrimoniais e pessoais, teriam de ser substituídos por um tutor que, dotado de capacidade, estaria em condições de assegurar a correcta gestão dos seus interesses. Porque a pessoa não tinha capacidade, dever-se-ia confiar os seus assuntos a um terceiro que o substituíra. E porque o substituíra, as decisões tomadas pelo tutor seriam tomadas e sindicadas a partir de critérios do melhor interesse *objectivo*. Daqui resultava a remissão para o regime da tutela (artigo 1935.º, n.º 2 *ex vi* artigo 139.º anterior versão (a.v.) do Código Civil)<sup>4</sup>.

A preocupação com a privação da liberdade ou cuidados de saúde<sup>5</sup> eram matérias não expressamente reguladas na lei. Só nos

---

faz referência expressa a acompanhante, de pouco ou nenhum sentido faria esta referência num diploma que atribui competência ao Ministério Público, se fosse o tribunal *ab initio* o competente. Desta feita, temos de partir do pressuposto que o Ministério Público tem competência para os processos de autorização de actos do acompanhante. Contudo, se este entendimento pode valer para as situações de autorização em geral, já quanto à medida de internamento do artigo 148.º do Código Civil, não podemos perfilhar esta interpretação. Por dois argumentos. Um diz respeito à expressa menção do artigo 148.º do Código Civil que a autorização é dada pelo tribunal («autorização expressa do tribunal»). O outro diz respeito ao objecto da autorização, a intromissão em direitos, liberdades e garantias do beneficiário. Aqui entra o limite inerente ao princípio da reserva de jurisdição quando a autorização a conferir atinge o âmbito dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, nomeadamente, os direitos ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1) e direito à liberdade (artigo 27.º, n.º 1), nos termos do artigo 202.º da Constituição. Daqui devemos concluir que a referência expressa a «tribunal» no artigo 148.º, n.º 1, como concretização material da reserva de jurisdição, devendo ser da competência exclusiva do tribunal determinar a proporcionalidade da medida de internamento.

<sup>4</sup> O critério «bom pai de família» acabou por ser o consagrado no artigo 146.º, n.º 1 do Código Civil, agora directamente sem remissão legal.

<sup>5</sup> Havia somente uma referência aos cuidados de saúde no artigo 145.º do Código Civil, o qual dispunha que recaí sobre o tutor, no caso da interdição, um dever especial de tutelar a saúde do interdito, prevendo a possibilidade de alienação dos bens daquele. Mais do que falar num dever especial, que decorre, de forma natural, do conteúdo da tutela e do conjunto de poderes-deveres que recaem sobre o tutor, adjacentes à ideia de cuidado, seria falar na funcionalização

domínios patrimoniais, e por remissão ao instituto da tutela de crianças, se previa as situações de falta de legitimidade do tutor para realizar livremente actos que afectassem a esfera jurídica do interdito e somente quanto a determinados actos e dentro da tradicional dicotomia *mera administração – disposição* (artigos 1889.º, n.º 1 e 1938.º, n.º 1 do Código Civil).

Não que tal ausência de regulamentação não pudesse ser acautelada ou regulamentada em outra sede, nomeadamente, nos termos da lei de saúde mental (o que abordaremos *infra*). O problema estava na interpretação do alcance da remissão para o regime da tutela e seu regime subsidiário, as responsabilidades parentais, para aferir dos limites do tutor e qual o papel a desempenhar pelo Conselho de Família<sup>6</sup>.

Numa perspectiva puramente formal, dentro da construção civilística asséptica aos direitos fundamentais, a condição do interdito era a de uma criança com menos de 7 anos. Não só o pressuposto da medida era a impossibilidade de exercício de direitos, como, uma vez decretada, a interdição supunha a nomeação de um tutor que teria total poder sobre os assuntos do interdito, ao ponto de se considerar que este era considerado inimputável para efeitos de responsabilidade civil (artigo 488.º, n.º 2 a. v. do Código Civil). Esta equiparação serve de contexto para compreender o estatuto que a pessoa maior adquiria a partir da sua interdição, por anomalia psíquica. Não que tal obstasse à possibilidade de aplicação do artigo 127.º do Código Civil por remissão do artigo 139.º a. v. do Código Civil, mas é o indicador que a consideração da capacidade remanescente ou interesses ou desejos do interdito seria de pouca relevância quanto à legitimidade de actuação do tutor na esfera jurídica daquele. A interdição significava que o maior seria incapaz

---

do património e da sua administração em prol do tratamento, recuperação e promoção de qualidade de vida do interdito.

<sup>6</sup> Sobre uma possível interpretação a respeito do problema do internamento do anterior regime ver o nosso – “Os poderes do representante legal nas situações de internamento «voluntário» à luz do direito português”. *Revista do Ministério Público* 35/138 (2014) 63-94. O artigo encontra-se integrado na obra colectiva: *Interdição e Inabilitação* [em linha], Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015, 161-184, disponível em: [www.cej.mj.pt](http://www.cej.mj.pt).

de agir juridicamente, pelo menos quanto à esfera patrimonial<sup>7</sup>. O tutor somente extravasaria os seus poderes-deveres e seria, por isso, responsável quando a sua actuação fosse contrária ao critério do «bom pai de família», uma vez que a incapacidade pressuponha a irrelevância de uma vontade viciada e fundante do estatuto de incapaz. A constituição da interdição, na prática, acabaria por pressupor um poder total sobre os interesses do interdito, uma vez que a interdição previa que as pessoas «se mostrem incapazes de governar suas pessoas e bens, por causa «anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira» (artigo 138.º a. v. do Código Civil). Não obstante, começou a questionar-se o alcance, eficácia e conformidade do regime das incapacidades previstos no Código Civil perante a Constituição e a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos as pessoas com deficiência<sup>8</sup>, em particular o âmbito da incapacidade resultante da interdição e qual a relevância a atribuir à vontade, interesses e desejos da própria pessoa. Para isso contribuíram os trabalhos do Conselho da Europa<sup>9</sup>, mas foi a Convenção das Nações Unidas que impôs, com o seu carácter vinculativo (artigo 8.º, n.º 2 da Constituição), a necessidade de mudança do paradigma legal. O que trouxe o recentrar do problema não somente para a invalidação dos actos realizados pelo interdito ou para os limites dos poderes-deveres do tutor para os actos de disposição em nome do interdito. Por um lado afasta-se a pré-concepção de que a medida de salvaguarda tenda que pressupor a incapacidade e substituição do beneficiário, bem como o objecto da relação jurídica de maior acompanhado é determinado caso-a-caso a partir das concretas e específicas necessidades do beneficiário (o chamado *fato à medida*) e, por último, a relação é construída

<sup>7</sup> Cf. Werner FLUME. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Das Rechtsgeschäft*, vol. 2/1, 3. Ed. Berlin: Springer, 1979, 183.

<sup>8</sup> A Convenção foi aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, 30.07 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, 30.07. Portugal aderiu ainda ao Protocolo Opcional à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adoptado em Nova Iorque em 30.03. 2007, aprovado Resolução da Assembleia da República n.º 57/2009, 30.07 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 72/2009, 30.07.

<sup>9</sup> Recomendação R(99)4 do Comité de Ministros aos Estados-Membros sobre os princípios respeitantes à protecção jurídica de adultos com incapacidade e Recomendação Rec(2004)10 do Comité de Ministros aos Estados-Membros sobre a protecção dos direitos humanos e a dignidade das pessoas com perturbações mentais.

como instrumento de promoção e garantia dos direitos fundamentais do beneficiário, através do aquartelar do exercício dos poderes de cuidador em benefício do beneficiário a partir da vontade e interesses subjectivos deste. A isto acresce a limitação da intervenção em domínios nucleares dos direitos, liberdades e garantias da pessoa que colocam a tónica no que pode o tutor fazer. A eficácia daqueles direitos na relação interna e externa de tutela convoca a chamada a participar da pessoa, bem como a judicialização (à semelhança do que já ocorre nos actos patrimoniais de disposição) dos limites da acção do tutor sobre a pessoa.

No dealbar da inelutável necessidade de revisão do Código Civil surgiram duas propostas. Em primeiro lugar, a do Centro de Direito da Família, denominada «Proposta de Lei sobre a Condição Jurídica das Pessoas Maiores em Situação de Incapacidade»<sup>10</sup>:

«Artigo 156.º-F

Internamento e restrição da liberdade

1. Só com autorização judicial pode o curador tomar a decisão de internamento que implique limitação ou privação de liberdade e desde que se preencham cumulativamente os seguintes requisitos:

- a) O internamento seja em instituição adequada;
- b) O curatelado careça da capacidade de entender e querer necessária para avaliar o sentido e alcance da recusa do internamento;
- c) A ausência de internamento implique um grave perigo para a sua vida ou integridade física;
- d) O internamento seja necessário para garantir os seus interesses.

2. Em casos de urgência, a decisão de internamento para a qual o curador não tenha obtido a necessária autorização pode ser confirmada judicialmente preenchidos os pressupostos do número anterior.

3. Uma vez removido o perigo ou se a situação não for revista judicialmente, no prazo máximo de 30 dias, a decisão do curador deixa de produzir efeitos.

4. Os números anteriores aplicam-se, com as necessárias adaptações, as medidas limitativas da liberdade, incluindo medidas de contenção física, quando estas não sejam temporárias.»

Por sua vez, na sequência deste último projeto e partindo dele, o artigo 148.º do Estudo legislativo, denominado «Da situação do maior acompanhado – estudo de política legislativa relativo a um

<sup>10</sup> Disponível em: <http://www.centrodedireitodafamilia.org/relatórios/2017>.

novo regime das denominadas incapacidades dos maiores», inclui no mesmo número, como se fossem âmbito de intervenção sobre a esfera do beneficiário equivalentes, o internamento e medidas anti-concepcionais<sup>11</sup>:

- «1. O internamento do maior acompanhado bem como a aplicação de medidas anti-concepcionais dependem de autorização expressa do tribunal.
2. Em caso de urgência, o internamento pode ser imediatamente solicitado pelo acompanhante, sujeitando-se à ratificação do juiz.».

Como justificação para esta norma, os autores do estudo afirmaram que o internamento civil visa *complementar* o regime do internamento compulsivo consagrado na Lei de Saúde Mental, *enquanto referência mínima*. Na mesma norma, os autores do projecto incluíram duas matérias sensíveis sem que na sua construção dispusessem ou concretizassem os pressupostos que justificariam a tomada de decisão do acompanhante e os poderes de sindicância do tribunal. A norma aparece assim em branco, não ocorrendo qualquer densificação mínima da sua *ratio* e pressupostos que guiem o tribunal a conceder ou não a autorização de que depende a legitimidade da intervenção.

Atendendo à particular importância da questão e aos efeitos restritivos da medida, a indeterminação dos pressupostos que levam à justificação da autorização tornam a situação do beneficiário permeável a situações de imprevisível aplicação e de insegura interpretação. Em último termo, existe a séria possibilidade de com a plasticidade da lei se incorrer no sério risco de violação de direitos fundamentais. Por exemplo, admite-se a decisão de internamento contra a vontade do beneficiário? Quais os prazos de duração do internamento? A decisão pressupõe igualmente poderes de decisão para cuidados de saúde? Ou seja, o internamento assume finalidades terapêuticas, à semelhança do previsto na Lei de Saúde Mental? E porque apenas se regula o internamento? Por que não outras questões relevantes quanto à determinação dos limites na ingerência da esfera jurídica do beneficiário, como as que envolvem a planeamento familiar (interrupção voluntária da gravidez, acesso

---

<sup>11</sup> Disponível no sítio do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público: [www.smmp.pt](http://www.smmp.pt).

a contraceptivos), acesso a dados pessoais, fixação de residência? A este respeito, não podemos deixar de dar conta da versão do projecto da Lei n.º 49/2018, 14.08, referia «medidas anti-concepcionais», com a amplitude que tal noção implicaria e, em especial, por terem mantido intocado o artigo 142.º do Código Penal<sup>12</sup>.

Perante as críticas à formulação da norma quanto à inclusão das «medidas anti-concepcionais», a versão final do artigo 148.º aprovada quedou-se na seguinte versão:

- «1 – O internamento do maior acompanhado depende de autorização expressa do tribunal.
- 2 – Em caso de urgência, o internamento pode ser imediatamente solicitado pelo acompanhante, sujeitando-se à ratificação do juiz.»

Reportando-nos, ainda, ao projecto de lei e respetivas anotações, é dito pelos seus autores que «o acompanhado pode sofrer de um *minus* de vontade, mas apenas convenientes para os familiares ou alguns deles», como pressupondo a necessidade de sindicar a

---

<sup>12</sup> Sobre a apreciação crítica ao projecto formulado pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida o Parecer N.º 100/CNECV/2018 sobre o Estatuto do Maior Acompanhado [disponível no sítio <https://www.cnecv.pt/>]. p. 10 e p. 16. Neste são formuladas as seguintes dúvidas:

«h) A proposta de redação para o artigo 148.º (“Internamento e medidas anticoncepcionais”) representa, objetivamente, uma agressão aos direitos fundamentais das pessoas. Com efeito, não existe qualquer justificação para ser de exigir que o recurso a métodos anticoncepcionais possa depender de autorização judicial. Não é concebível que a proposta se quisesse referir à esterilização ou à interrupção da gravidez, que não são meios anticoncepcionais. Se fosse esse o caso, contudo, tal deveria constar expressamente do preceito, explicitando-se as condições em que estas se poderiam realizar. No que se refere ao “internamento”, a formulação é muito imprecisa, pois dever-se-ia distinguir o tipo de internamento e o grau de necessidade de acompanhamento da pessoa, tendo em conta as instituições e recursos atualmente disponíveis.

i) É desadequada a previsão, neste contexto de uma disposição relativa a “internamento e medidas anticoncepcionais”, questões que relevam no âmbito das decisões em matéria de saúde, em que existe legislação específica;

(...)

Não é concebível que a proposta se quisesse referir à esterilização ou à interrupção da gravidez, que não são meios anticoncepcionais. Se fosse esse o caso, contudo, tal deveria constar expressamente do preceito, explicitando-se as condições em que estas se poderiam realizar.»

própria decisão do beneficiário no caso da prestação do seu consentimento. Contudo, tal não esclarece o propósito desta norma no âmbito no novo instituto, atenta a formulação vaga do mesmo. Este internamento é possível mesmo nas situações em que o beneficiário seja capaz? A autorização exige-se quando seja o próprio beneficiário a pedir? Ou somente quando seja o acompanhante? O internamento pressupõe a realização de terapêutica associada ou basta o internamento *per se*, enquanto medida de confinamento? E permite esta norma permite o internamento, bem como o tratamento, a se incluir no seu âmbito, compulsivo?

Debruçando-nos sobre estas dúvidas tentaremos dar alguma luz e sentido ao artigo 148.º do Código Civil.

### **3. A Convenção das Nações Unidas e a posição do Comité. A interpretação dinâmica da Convenção Europeia dos Direitos Humanos**

Torna-se pertinente aferir a posição do Comité a respeito das possibilidades de internamento e tratamento compulsivo, em particular a partir da interpretação do artigo 14.º da Convenção. No Comentário Geral n.º 1 (2014), o Comité deixa clara a sua posição a favor da promoção de um sistema alternativo ao internamento e tratamento compulsivo. Naquele deve ser assegurada a faculdade de decisão do beneficiário, o que significa o reconhecimento de capacidade bastante para se autodeterminar, nos termos do artigo 12.º, promovendo decisões a partir do consentimento informado do beneficiário<sup>13</sup>. O que toma particular acuidade quanto à discriminação da mulher, que se liga ao artigo 15.º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as

---

<sup>13</sup> Cf. para 42.: «Forced treatment is a particular problem for persons with psychosocial, intellectual and other cognitive disabilities. States parties must abolish policies and legislative provisions that allow or perpetrate forced treatment, as it is an ongoing violation found in mental health laws across the globe, despite empirical evidence indicating its lack of effectiveness and the views of people using mental health systems who have experienced deep pain and trauma as a result of forced treatment. The Committee recommends that States parties ensure that decisions relating to a person's physical or mental integrity can only be taken with the free and informed consent of the person concerned. »

Mulheres, nos domínios de planeamento familiar, com o risco de esterilização ou mesmo controlo em questões de saúde reprodutiva<sup>14</sup>.

Em termos de conclusões e recomendações feitas aos Estados membros, destacam-se os princípios de assegurar a escolha livre do beneficiário, promoção de vida independente e restrições a escolhas impostas de residência ou medidas de acolhimento institucional<sup>15</sup>, promoção e prevalência das decisões de tratamento e institucionalização serem objecto adesão e consentimento informado do beneficiário<sup>16</sup>, e o respeito pela autonomia, vontade e interesses manifestados pelo beneficiário, incluindo-se nos domínios dos cuidados de saúde<sup>17</sup>.

Na 12.<sup>a</sup> Sessão, o Comité da Convenção concluiu, a respeito do artigo 14.<sup>o</sup>, que esta norma proíbe, de forma absoluta, a detenção com fundamento na deficiência e defendeu a interpretação não é admissível impor um internamento e tratamento de um pessoa com deficiência com fundamento exclusivo num juízo de perigo<sup>18</sup>. Por sua vez, na 14.<sup>a</sup> Sessão, o Comité apresentou novas directrizes sobre

<sup>14</sup> Cf. para. 35.

<sup>15</sup> Relatório Dinamarca CRPD/C/DNK/CO/1 Para. 43: «The Committee recommends that the State party end the use of State-guaranteed loans to build institution-like residences for persons with disabilities; that it amend the legislation on social services so that persons with disabilities may freely choose where and with whom they live, while enjoying the necessary assistance to live independently; and that it take measures to close existing institution-like residences and to prevent the forced relocation of persons with disabilities, in order to avoid isolation from the community.»

<sup>16</sup> Neste sentido Conclusões da Bélgica CRPD/C/BEL/CO/1, para. 29; Conclusões da Alemanha CRPD/C/DEU/CO/1, para. 38 (b).

<sup>17</sup> Conclusões da Áustria CRPD/C/AUT/CO/1, para. 28.

<sup>18</sup> Cf. Michael PERLIN/ Eva SZELI. “Article 14: Liberty and Security of Person”. in *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Oxford Commentaries on International Law*, Oxford: OUP, 2018, 410. A posição que este assume vai inclusive contra os mecanismos de internamento compulsivo previstos no âmbito das leis de saúde mental. UN Doc CRPD/C/SWE/CO/1 (12.05.2014) para. 35. No mesmo sentido UN Doc CRPD/C/AUT/1 (30.09.2013) para 29. No entanto a total eliminação de mecanismos de internamento quando a pessoa represente um perigo para si e para os outros, pode colocar em causa a salvaguarda dos seus próprios interesses, tendo em consideração a viciação da vontade resultante da sua condição e não da condição *per se*. Veja-se, a título crítico, Bernadette McSHERRY. “Mental Health Laws: where to from here?”. *Monash University Law Review* 40 (2014) 175. 197; e IDEM / Kay WILSON. «Detention and treatment down under:

a interpretação do artigo 14.º, em particular para uma intervenção em sede de prevenção e promoção da saúde e direitos do beneficiário, mais do que na reacção e contenção<sup>19</sup>.

A importância da Convenção das Nações Unidas é tanto maior quando conexas com a interpretação do artigo 5.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Em particular numa área tão sensível onde se tende a secundarizar os interesses do beneficiário com vista a acautelar os interesses da comunidade, passando a admitir uma intervenção securizante, mais do que inclusiva e terapêutica<sup>20</sup>. Interna-se e trata-se para compensar e conter perigos e não para fomentar a autonomia e bem-estar do beneficiário. Como notam Perlin e Szeli, deve ser feita uma leitura a partir de um grau de concretização da protecção das pessoas com deficiência determinado pelo artigo 14.º da Convenção, devendo este ser visto como um reforço da universalidade dos direitos de liberdade protegidos pela Convenção Europeia, bem como como a necessidade de um maior escrutínio na privação de liberdade das pessoas com deficiência<sup>21</sup>. Deve haver uma valoração global e dinâmica dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência que levam a uma alteração real do paradigma, incluindo a necessidade de uma actualização na

---

human rights and mental health laws in Australia and New Zealand». *Medical Law Review* 19 (2011) 548-580. p. 574-575.

<sup>19</sup> Cf. Michael PERLIN/ Eva SZELI. "Article 14: Liberty and Security of Person". 411.

<sup>20</sup> A interligação entre instrumentos foi vincada pela intervenção dos *Amicus Curiae* do European Disability Forum, the International Disability Alliance and the World Network of Users and Survivors of Psychiatry) no caso *Mihailovs c. Letónia*, n.º 35939/10, para. 124 (ECLI:CE:ECHR:2011:1124JUD000464608).

<sup>21</sup> Michael PERLIN/ Eva SZELI. "Article 14: Liberty and Security of Person". 407; e *Letónia* §126 (ECLI:CE:ECHR:2013:0122JUD003593910). Assim também se pronunciou o Juiz Sajó, no caso *Ruiz rivera c. Suíça*: «La CIDPH représente une révolution conceptuelle majeure en reconnaissant que les personnes handicapées ne doivent pas simplement être considérées comme les bénéficiaires d'organisations caritatives ou de soins médicaux, mais aussi en tant que détenteurs de droits ayant une « dignité humaine intrinsèque, méritant d'être protégée à l'égal de celle d'autres êtres humains ». La révolution conceptuelle vers une approche du handicap fondée sur les droits et consacrée par la CIDPH comporte des défis potentiels pour les cadres juridiques régissant actuellement le placement involontaire et le traitement involontaire. Les conséquences de cette révolution sont considérables.» (ECLI:CE:ECHR:2014:0218JUD000830006).

interpretação do artigo 5.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

#### **4. O sistema de salvaguarda de interesses da pessoa com deficiência**

##### **4.1. Binómio: autodeterminação-protecção**

A liberdade e autodeterminação não são absolutas. Há situações em que se justifica – diríamos, se exige – a protecção do beneficiário contra os seus próprios comportamentos lesivos, contudo sempre em situações limite e sempre no respeito pelo princípio da legalidade e proporcionalidade em sentido amplo<sup>22</sup>. A possibilidade de um internamento pressupõe a restrição ou privação da liberdade do beneficiário, pelo que a se reconhecer ao acompanhante tais poderes estar-se-á a admitir o exercício de poderes de verdadeira *autoridade* que constrem a autodeterminação e liberdade do beneficiário, ao pressupor uma relação de subordinação deste.

Poder-se-á dizer que estes poderes-deveres de autoridade resultam da necessidade protectiva do beneficiário que se auto-coloca em perigo, por causa da sua falta de capacidade e, como tal, justifica e impõe uma medida contra a sua vontade. Pela falta ou limitação de uma vontade sã, a autoridade do acompanhante justificar-se-ia – seria, em certo sentido até necessária – como meio de assegurar que os interesses do beneficiário não serão lesados pelo seu próprio comportamento, porquanto não seriam expressão autêntica da sua autodeterminação. A vontade viciada redundaria numa incapacidade de facto para o beneficiário se autodeterminar e, por isso, à margem da competência para aquele afirmar autonomamente a sua esfera de interesses.

Ora, quando nos emaranhamos nos fundamentos e limites de uma intervenção de amparo dos interesses de uma pessoa maior, temos de atender, nas palavras de Volker Lipp, à tríade que materializa um sistema assente no reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência: proibição de discriminação

---

<sup>22</sup> Veja-se a este respeito o acórdão do Tribunal Constitucional alemão, de 07.10.1981 (2 BvR 1194/80), *Neue Juristische Wochenschrift* (1982) 691-694.

em razão da deficiência, reconhecimento do direito à autodeterminação e a garantia de uma igual capacidade jurídica de gozo e de agir, acoplada às obrigações negativa e positiva do Estado em respeitar estes direitos e assegurar e efectivar a sua protecção perante terceiros. É este o substracto do sistema de salvaguarda dos interesses das pessoas e a partir do qual se deve interpretar e conformar o sistema legal, quer na sua perspectiva objectiva, quer na sua aplicação em concreto<sup>23</sup>.

É neste conspecto que se traça a tensão dialéctica entre autodeterminação e protecção: primeiro, entre a fundamentação da necessidade de intervenção e a autodeterminação da pessoa para cuidar dos seus interesses; segundo, na determinação do conteúdo dos poderes de cuidado, face aos espaços de autodeterminação e dignidade da pessoa humana, ou seja, a ingerência estadual ou de um terceiro na esfera pessoal<sup>24</sup> dos interesses da pessoa<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Volker LIPP. „Betreuungsrecht und UN-Behindertenrechtskonvention“. *FamRZ* (2012) 669-679. p. 676: afirma este autor que o cuidador deve, no exercício dos seus poderes-deveres, observar o princípio da necessidade e do primado da autodeterminação. Ao cuidado exige-se, por isso, a materialização das condições de facto que permitam uma autodeterminação jurídica do beneficiário. Ou seja, antes de agir, o cuidador deve atender à necessidade do seu acto e em que medida é que o mesmo promove e assegura que seja uma decisão do próprio beneficiário ou enquanto concretização da vontade e os interesses subjectivos deste. Isto mesmo nos casos em que se tenha atribuído poderes de representação ao cuidador. A representação, tal como sucede na representação voluntária, não é um instrumento de negação (renúncia) à autonomia do representado, antes um mecanismo de realização desta. O dever de cuidado emergente da relação de acompanhamento pressupõe sempre o auxílio na tomada de decisão, relegando o uso de poderes de representação somente em sede de *ultima ratio*. Ao acompanhante exige-se uma função de agente dos interesses do beneficiário e não de substituto deste.

<sup>24</sup> O termo *pessoal* acima empregue refere-se não à tradicional dicotomia entre esfera pessoal e patrimonial, mas sim ao espaço de autodeterminação da pessoa quanto aos seus interesses e assuntos, independentemente da sua natureza patrimonial ou pessoal. Diz, portanto, respeito à competência intelectual e volitiva de decisão sobre a sua vida.

<sup>25</sup> As dificuldades num sistema de protecção de adultos residem na delimitação da intervenção estatal sobre a pessoa (assim identifica Volker NEUMANN, “Freiheitssicherung und Fürsorge im Unterbringungsrecht”, *NJW* (1982) 2590). Por altura da reforma do direito alemão, em 1992, já Claus-Wilhelm Canaris alertava para as dificuldades de conformação constitucional de um

Não se pode ignorar que, em determinadas situações, a possibilidade de privação de liberdade pode ser o único meio possível e adequado a controlar situações de auto-colocação em perigo de vida ou para a integridade física. As situações em que a capacidade do beneficiário se apresenta contaminada por falta ou limitação das suas capacidades cognitivas podem e devem justificar uma intervenção protectora da pessoa, desde logo, enquanto obrigação positiva de protecção das pessoas vulneráveis a cargo do Estado. No entanto, tal não deve toldar o juízo de que não se pode avançar com tutelas preventivas fundadas em meros juízos de prognose, é necessário aferir da iminente danosidade resultante do previsível comportamento do beneficiário. E é o traço dos limites desta intervenção que deve ser fundada a justificação de uma decisão que implique a restrição dos direitos fundamentais, sempre assente no respeito pela autodeterminação responsável do beneficiário na autotutela dos seus interesses. Desta forma, a previsão do artigo 148.º do Código Civil deve ser enquadrada como instrumento de legitimação dos poderes-deveres de cuidado do acompanhante e não como veículo de autoridade. Tal decisão deve ser vista como *ultima ratio* para garantia dos direitos do beneficiário, cabendo ao tribunal, através critérios neutros face à mera condição de deficiência, assegurar a sua aplicação não discriminatória, ou melhor, que garanta a igualdade de tratamento das pessoas com deficiência<sup>26</sup>. Isto é, a autorização judicial deve ser

---

sistema de protecção para adultos (cf. “Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht”, JZ (1987) 993 e 996).

<sup>26</sup> Cf. UN Doc A/HRC/10/48 (26.01.2009) para 48. Peter BARTLETT. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Future of Mental Health Law. *in* Psychiatry. 8 (2009) 12. 496-498. p. 498: «Legislation authorizing the institutionalization of persons with disabilities on the grounds of their disability without their free and informed consent must be abolished. This must include the repeal of provisions authorizing institutionalization of persons with disabilities for their care and treatment without their free and informed consent, as well as provisions authorizing the preventive detention of persons with disabilities on grounds such as the likelihood of them posing a danger to themselves or others, in all cases in which such grounds of care, treatment and public security are linked in legislation to an apparent or diagnosed mental illness».

Conclusões do Comité, UN Doc CRPD/C/ESP/CO/1 (19.10.2011) para 36. Ver ainda o trabalho da Agência Europeia dos Direitos Fundamentais (FRA

concedida perante a ausência de autodeterminação do beneficiário e para remover um perigo por este criado, enquanto medida necessária a assegurar o seu interesse deste e não como medida avançada de prevenir danos por causa da deficiência.

A liberdade deve ser entendida como garantia contra a total ou parcial privação da liberdade, quer enquanto confinamento compulsório a um espaço limitado (p. ex. hospital, casa de saúde, etc.), quer quanto limitação ou restrição de deslocação da pessoa de ou para lugar que seja jurídica e facticamente acessível<sup>27</sup>, pelo que não se pode admitir uma intervenção contrária à vontade eficaz do beneficiário que se opõe ao internamento. Àquele deve garantido o direito de defesa face a intervenções não consentidas, mesmo nos casos em que sejam conformes ao melhor interesse objectivo do beneficiário. O acompanhante, por mais bem intencionado que seja, na ausência de pressupostos legais expressos que permitam a restrição da capacidade, não tem o poder de derrogar a decisão autodeterminada do beneficiário, na medida em que os poderes-deveres assim exercidos vão contra a representação autêntica do beneficiário.

#### **4.2. A finalidade da medida de internamento no âmbito da relação jurídica de acompanhamento**

O internamento pode resultar por dois motivos: necessidade médica ou social. Na primeira, está em causa a realização de uma terapêutica medicamente indicada, a segunda, diz respeito a medidas de contenção com vista a remover uma situação de auto-colocação em perigo do beneficiário para os seus próprios interesses ou para terceiros. Seja qual for o motivo, é inquestionável que o internamento só pode ser cogitado como medida que se funda na necessidade de salvaguardar os interesses do beneficiário, enquanto instrumento adequado para esse fim. Isto significa que os fundamentos

---

– EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. «Involuntary Placement and Involuntary Treatment of Persons with Mental Health Problems», 2012. p. 16, disponível em: <https://fra.europa.eu>).

<sup>27</sup> Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS. *Constituição Portuguesa anotada*. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2005. 303; Günter DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar Werkstand*. Art. 104 Rn. 5-12. [beckonline] Rn. 5; Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 478.

e limites da intervenção serão os mesmos, apenas graduando o fundamento justificador da decisão em função da restrição que representa o internamento para os direitos fundamentais do beneficiário. E, nesta medida, atento os artigos 5.º, 12.º e 14.º da Convenção, não se poderá deixar de ver a necessidade da medida adstrita a uma função de *ultima ratio*, devendo sempre prevalecer o recurso a medidas que sejam a realização da vontade do beneficiário. Estas deverão ser a expressão autêntica da sua pessoa, quer através da obtenção do seu consentimento, adesão ou cumprimento de directivas antecipadas de vontade.

Por isso, ter-se-á que ter em conta a finalidade do internamento e entender que, dependendo da situação do beneficiário, o mesmo se pode apresentar como medida de contenção necessária, mesmo que não haja terapêutica disponível. No entanto, a justificação para a restrição assenta, quanto à medida de internamento do artigo 148.º do Código Civil, na salvaguarda de interesses exclusivos do beneficiário e por falta de capacidade deste para decidir responsabilmente. Uma vez que na lei não são concretizados quais os pressupostos da intervenção do acompanhante na limitação da liberdade do beneficiário, ter-se-á que partir para uma interpretação que assegure os princípios estruturais do instituto: igual capacidade e dignidade da pessoa com deficiência e respeito pela sua autodeterminação<sup>28</sup>. A pretensão complementaridade da medida do artigo 148.º do Código Civil com o internamento compulsivo terá que ser estabelecida a partir da legitimidade da decisão do acompanhante por oposição ao carácter compulsório do internamento e tratamento previsto na Lei de Saúde

---

<sup>28</sup> A exigência de densificação das normas restritivas é condição para justificar um interferência nos direitos fundamentais de uma pessoa, não podendo a margem de apreciação dos tribunais substituir-se à tarefa do legislador, sob o qual reside a legitimidade democrática de balizar os limites da intervenção restritiva aos direitos fundamentais em função de interesses que visa acautelar. O não cumprimento destas exigências, que no nosso caso se encontram prescritas no artigo 18.º, n.º 2 da Constituição, exige uma interpretação benigna da lei, no caso, conforme a Constituição, que assegure que o espaço de actuação do acompanhante seja enquanto móbil de inclusão do beneficiário e como tal, atento o modelo consagrado no artigo 12.º, n.º 3 da Convenção das Nações Unidas, pelo que não pode o acompanhante se substituir ao beneficiário, nem decidir por interesses que não sejam subjectivamente seus.

Mental<sup>29</sup>. Esta possibilidade resulta de situações de especial vulnerabilidade do beneficiário e com vista a acautelar os seus interesses perante uma decisão que interfere com os direitos deste. Fica, no entanto, por determinar se o perigo e correspondente medida para o remover podem pressupor a realização de um tratamento médico.

É aqui que se coloca o problema maior.

A compressão da autodeterminação do beneficiário não é um fundamento legal para a tomada de medida no quadro do instituto de maior acompanhado de internamento e tratamento compulsivo. Prevalendo o princípio da plena e igual capacidade, a possibilidade de um tratamento contra a vontade do beneficiário só pode ser possível dentro de um quadro legal expresso que corporize os pressupostos e limites de tal medida, quer em termos substantivos, quer processuais<sup>30</sup>.

No ordenamento jurídico português tal só ocorre no âmbito da Lei de Saúde Mental<sup>31</sup>. Por isso, não se pode admitir a atribuição de poderes de autoridade ao acompanhante ou previsão de incapacidade para o beneficiário decidir sobre a sua saúde, tão só, para assegurar instrumentos que supram a falta ou limitação de capaci-

---

<sup>29</sup> Por princípio o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não coloca em causa a possibilidade de internamento, ainda que o Comité da Convenção das Nações Unidas tenda a considerar que o internamento, com fundamento somente no perigo, se consubstancia numa violação da dignidade da pessoa com deficiência e sua consequente discriminação, não podendo ser legalmente admitido. Sobre esta questão ver FRA – EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. «Involuntary Placement», 16; e num enquadramento do quadro jurídico dos Estados membros da União Europeia ver as pp. 29-40.

<sup>30</sup> Os requisitos de lei formal não podem, desta forma, ser minorizados pois são instrumentos de garantia a favor do titular dos direitos fundamentais e demarcam os limites da intervenção lícita do Estado. Assim, vale a triplíce exigência de previsão de lei formal (princípio da legalidade), subsidiariedade e proporcionalidade da medida de tratamento compulsivo (cf. João LOUREIRO. “Sida e discriminação social – escola, habitação, imigração, rastreio obrigatório, isolamento clínico, tratamento forçado”. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. 3 (2005)).

<sup>31</sup> Em termos de paralelo com o sistema alemão, a ausência de norma legal expressa, significa a impossibilidade de justificar tratamento contra a vontade do beneficiário, por respeito aos artigos 2 II e 104 I da Constituição alemã. A este respeito veja-se BGH (BGH, Beschluß vom 11. 10. 2000 – XII ZB 69/00 (Hamm). *Neue Juristische Wochenschrift* (2001) 888; e Volker LIPP. „Betreuung und Zwangsbehandlung“. *JuristenZeitung* 61 (2006) 13. p. 661-665.

dade para a tomada de decisão. O que implica um juízo circunscrito ao acto e ao momento de realização do mesmo. E, neste conspecto, não se pode ignorar a própria evolução do quadro legislativo alemão (instituto em que os autores do estudo legislativo se ancoraram, em parte, para a construção do instituto de maior acompanhado<sup>32</sup>) onde a previsão de tratamento compulsivo só ocorre com a alteração de 2013 da §1906 BGB<sup>33</sup> e, para os tratamentos compulsivos sem internamento, em 2017, com a inclusão da §1906a BGB, onde se admite tratamentos compulsivos fora do quadro de internamento<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Estudo legislativo «Da situação do maior acompanhado – estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores», p. 103.

<sup>33</sup> O entendimento dos tribunais alemães acabou por afastar a licitude do tratamento médico se contrário à vontade do beneficiário. Vejam-se os acórdãos de 08.08.2012 e 20.06.2012 do BGH, onde se retiram as consequências do acórdão do Tribunal Constitucional de 23.03.2011 (XII ZB 671/11. *Neue Juristische Wochenschrift* (2012) 3234 e XII ZB 99/12. FGPrax 2012, 270, respectivamente). Ver ainda Volker LIPP. „Zur Zwangsmedikation auf betreuungsrechtlicher Grundlage“. *MedizinRecht* 31 (2013) 39-44, em esp. 43-44.

Contudo, o Comité não deixa de vincar a necessidade de assegurar e promover «(b) Ensure that all psychiatric treatments and services are always delivered with the free and informed consent of the individual concerned» para. 38. CRP-D/C/DEU/CO/1. Assume uma posição bastante restritiva da possibilidade de internamento, mesmo nos casos que integram a Lei de Saúde Mental.

<sup>34</sup> Através da aprovação da „Gesetz zur Änderung der materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen von ärztlichen Zwangsmaßnahmen und zur Stärkung des Selbstbestimmungsrechts von Betreute“. *Bundesgesetzblatt Jahrgang* (2017) Teil I Nr. 48, publicado em 21.07.2017. p. 2426. Na §1906a elencam-se como pressupostos para o internamento e tratamento compulsivo: os poderes-deveres de o cuidador autorizar cuidados de saúde no interesse do beneficiário, a falta de capacidade do beneficiário para representar a necessidade dos cuidados de saúde, a impossibilidade de obter a adesão deste para aceitar os cuidados de saúde, a adequação do internamento como meio idóneo a assegurar o bem-estar e saúde do beneficiário para evitar um iminente e relevante dano à saúde do beneficiário, concatenado com a inexistência de meios alternativos idóneos a alcançar tal fim, assegurando que, no teste de custo-benefício, existam mais vantagens com a realização da intervenção face a uma não intervenção, devendo tal intervenção ser aprovada pelo tribunal. Aos requisitos legais acresce a posição do Tribunal Constitucional alemão da necessidade de concretização e previsão do tipo de cuidados de saúde a prestar, duração e possibilidade de revisão da medida. Sobre os pressupostos ver, entre outros, Angie SCHNEIDER. „BGB § 1906a Genehmigung des Betreuungsgerichts bei ärztlichen Zwangsmaßnahmen“.

Cabe determinar a diferença entre decisões de internamento e decisões de cuidado de saúde, uma vez que estando em causa decisões tomadas por um terceiro que bulem com a liberdade e autodeterminação do beneficiário, a ausência de expressa previsão legal a título de cuidados de saúde torna inadmissíveis quaisquer decisões contrárias à vontade do beneficiário. Mesmo quanto ao internamento, não se podem admitir decisões fundadas somente no melhor interesse por ausência de fundamento legal que justifique uma intervenção restritiva<sup>35</sup>. O artigo 148.º do Código Civil coloca-se a jusante da posição jurídica do beneficiário, uma vez que só pode ser chamado a intervir o acompanhante perante a necessidade de substituir o beneficiário na tomada de decisão de internamento e, por isso, visa estabelecer quais os limites dos poderes-deveres dos acompanhantes quanto às decisões que interferiam com a liberdade do beneficiário. Há um duplo limite, o resultante da oposição eficaz do beneficiário porque capaz ou contrário aos interesses por ele manifestados e a verificação do controlo da proporcionalidade decorrente da justificação de uma intervenção decidida por alguém que detém sobre o beneficiário um poder de facto de o subordinar a uma decisão estranha a este.

O fato à medida que se pretende alcançar com a decisão de delimitação do âmbito do acompanhamento é feito em termos de medida de apoio à decisão nos termos acima expostos e não de substituição, pelo que só numa falha de capacidade é que pode determinar uma intervenção isolada do acompanhante, sempre vinculada aos interesses subjectivos do beneficiário. A vontade viciada do beneficiário corresponde, por isso, a uma condição necessária a

---

*in Münchener Kommentar zum BGB.* 8. Aufl. 2020 [beck-online]; Rolf MARSCHNER, „BGB § 1906a Genehmigung des Betreuungsgerichts bei ärztlichen Zwangsmaßnahmen“. *in* JÜRGENS, *Betreuungsrecht*. 6. Aufl. 2019 [beck-online]; Andrea SPICKHOFF, „BGB § 1906a Genehmigung des Betreuungsgerichts bei ärztlichen Zwangsmaßnahmen“. *in* *Medizinrecht*. 3. Aufl. 2018 [beck-online].

<sup>35</sup> Por isso, na problemática interpretação do internamento e tratamento em ambulatório, o BGH concluiu que não era possível estender a §1906 II para as situações que não configurassem tratamento em internamento e por motivos estranhos à condição de saúde mental da beneficiária (cf. Beschluß vom 11. 10. 2000 – XII ZB 69/00 (Hamm). *Neue Juristische Wochenschrift* (2001) 888). Ver ainda Volker LIPP, „Erwachsenenschutz und Verfassung – Betreuung, Unterbringung und Zwangsbehandlung“. *FamRz* 12 (2013) 913.

justificar a intervenção do acompanhante sobre a esfera de interesses pessoais do beneficiário, sem contudo deixar de estar vinculada à vontade e interesses deste, na medida em que eles são o critério para uma tomada de decisão responsável. O facto de a pessoa maior beneficiar de acompanhamento não limita o seu direito e liberdade para a doença, ou seja, a faculdade de consentir e dissentir cuidados de saúde mantém-se na estrita medida da sua capacidade de facto para decidir autonomamente.

#### **4.3. Restrição ao direito à liberdade: a interpretação do artigo 27.º da Constituição**

Face ao aqui exposto, cabe determinar qual o do âmbito de protecção do direito fundamental à liberdade, tal como se encontra consagrado no artigo 27.º da Constituição, e se o artigo 148.º do Código Civil se enquadra numa das hipóteses nele previstas, ou se não é necessário.

Atendendo ao facto do alcance de uma medida de internamento bulir com o núcleo essencial do direito à liberdade, é inquestionável que estamos num domínio sob a reserva de decisão judicial, bem como sob a égide do princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade<sup>36</sup>. A possibilidade de internamento «civil», atento o artigo 27.º, n.º 3 da Constituição, não se encontra, pelo menos de forma directa (atendendo ao teor literal da alínea h)) previsto.

A este respeito o artigo 5.º, n.º1, alínea e) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos prevê a possibilidade de detenção se «se tratar detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico, de um toxicómano ou de um vagabundo». A questão da admissibilidade do internamento fora das situações de catálogo é por isso discutível<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Neste sentido, por todos, Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 479-480.

<sup>37</sup> A este respeito Maria João Antunes refere a possibilidade e necessidade de admitir o internamento, sem colocar em causa a sua admissibilidade constitucional, perante situações de «perigosidade social em geral» fora da intervenção do direito penal (cf. *O Internamento de Imputáveis em Estabelecimentos Destinados a Inimputáveis. (Os arts. 103.º, 104.º e 105.º do Código Penal de 1982)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, (Studia Iuridica 2), 117).

Neste enquadramento, não se pode deixar de ter presente a concretização do direito à liberdade, enquanto direito fundamental, no artigo 14.º da Convenção de Nova Iorque em conjugação com o artigo 29.º, n.º 2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Este último prescreve que no «exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática». O que poderia permitir uma abertura das situações em que a restrição da liberdade fosse acompanhada como necessária e adequada a salvaguardar um direito ou interesse prevalente ou, que o núcleo de protecção do direito estaria limitado à prevalência de um interesse superior (restrições implícitas)<sup>38</sup>. A partir deste entendimento, poder-se-ia partir para uma interpretação do artigo 18.º da Constituição enquanto categoria autónoma que entende que «a lei restritiva só é permitida, entre nós, nos casos e para os efeitos em que seja *expressamente prevista* pelos preceitos constitucionais relativos a esses direitos (tal como consta do texto do artigo 18.º, n.º 2 [da Constituição]; deste modo, a limitação legislativa de um direito em caso de colisão com outro direito ou valor constitucional, fora dessas hipóteses, tem de ser *outra coisa* que não uma restrição, sob pena de se defraudar a proibição de restrição fora dos casos previstos»<sup>39</sup>. Contudo, a possibilidade de restrição, quando em confronto com a proibição de discriminação em razão da deficiência, determina que os critérios sejam neutros, ou melhor, que o fundamento não seja a mera condição resultante de patologia do foro mental. Isto é, as razões que possam circunscrever o raio de tutela do direito à liberdade nunca poderão sê-lo por razões fundadas na condição de deficiência.

---

Repare-se que o art. 27.º da CRP é uma das jóias da Constituição Processual Penal e estamos aqui perante problemas de outra índole, sem prejuízo, nalgumas hipóteses, da sua relevância penal (por exemplo, através do art. 283.º do Código Penal). Quanto às vias metodológicas a trilhar, são várias as hipóteses a testar, nomeadamente de cunho teleológico, tarefa que não podemos, aqui e agora, empreender.

<sup>38</sup> Cf. Vieira de ANDRADE. *Direitos fundamentais*. 6.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, 276-277.

<sup>39</sup> Cf. Vieira de ANDRADE. *Direitos fundamentais*, 267.

O limite imanente implícito do direito à liberdade teria como subjacente a impossibilidade de imposição de restrições para a prossecução de interesses estranhos aos do próprio beneficiário. Vale a consideração de que não existe um limite imanente à liberdade que admita, sem condições, nem reservas, o internamento de uma pessoa contra a sua vontade por decisão de um terceiro que impõe a sua vontade, ainda que investido em poderes-deveres de cuidado<sup>40</sup>. Por isso, a pré-ordenação de interesses obedece a uma lógica de protecção dos interesses do próprio beneficiário, apenas sendo possível uma intervenção compulsiva perante uma vontade ausente ou viciada e sempre conforme os interesses do próprio e não da sua padronização pelos melhores interesses objectivos.

Arrendando-nos da discussão sobre os limites imanentes dos direitos fundamentais e sobre a sua teorização sistemática<sup>41</sup>, podemos concluir que os limites dos direitos reconhecidos, quando os mesmos sejam titulados por uma pessoa com deficiência, advêm da garantia de não discriminação e da impossibilidade natural e relacional de, autonomamente, a pessoa autotutelar os seus interesses pessoais e patrimoniais. Esses limites serão produto da situação de facto em que o beneficiário se encontra, porquanto são estabelecidos *ipso facto* e não *ipso iure*. O direito de liberdade confere, quando não estejam em causa interesses supra-individuais (e cujo enquadramento será sempre feito à luz da lei de saúde mental), iguais faculdades ao seu titular, tenha ele deficiência ou não, pelo que não pode haver discriminação quanto à obrigação positiva e negativa de tutela do direito. A liberdade, no seu núcleo, é reconhecida integralmente, pelo que não pode, ao apego de uma relação jurídica de acompanhamento, alicerçar a decisão de um terceiro sobre a liberdade individual do beneficiário. O princípio da não discriminação assim o impõe, quer o artigo 13.º, n.º 1 da Constituição, quer os artigos 5.º, 12.º, n.ºs 1, 2 e 3 e 14.º da Convenção de Nova Iorque. Daqui resulta que a possibilidade de restringir a autodeterminação do beneficiário (intervenções compulsivas) em benefício de interesses

<sup>40</sup> Cf. Vieira de ANDRADE. *Direitos fundamentais*, 272.

<sup>41</sup> A este respeito, ver Vieira de ANDRADE. *Direitos fundamentais*, 269-274; Jorge Reis NOVAIS. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 592 s.; Paulo Mota PINTO. “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”. in *Portugal-Brasil Ano 2000*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, 222 e s.

que não exclusivamente seus deve estar dependente, sempre, de expressa previsão na lei e da sua conformidade com as restrições admitidas pela Constituição, nomeadamente, o artigo 27.º, n.º 3 da Constituição. Como nota Vieira de Andrade, são situações de «reserva qualificada» que implica que o «legislador só está autorizado a *restringir* o conteúdo dos direitos *para essas finalidades*, ou seja, para a salvaguarda dos direitos ou valores enunciados, quando muito para outras finalidades que decorram necessariamente ou se possam considerar implicadas nas expressamente referidas»<sup>42</sup>.

O artigo 148.º do Código Civil assume-se, por isso, como norma harmonizadora de interesses, entre a salvaguarda da dignidade e autodeterminação do beneficiário e a obrigação de salvaguarda dos interesses deste, que pressupõem uma limitação aos poderes-deveres do acompanhante no âmbito da relação jurídica de acompanhamento. Não é, portanto, uma norma restritiva de direitos, antes integradora da legitimidade da decisão do cuidador que atinge o direito de liberdade do beneficiário.

A relação jurídica não é de subordinação, antes comutativa na efectivação dos interesses do beneficiário. Como tal, atenta a intrusão objectiva da decisão do acompanhante na liberdade do beneficiário, ter-se-á que sindicar a oportunidade e alcance da mesma com vista a assegurar a representação autêntica dos interesses do beneficiário. Tanto mais que, se estivesse em causa uma decisão contra a vontade do beneficiário, a mesma representaria uma obliteração da sua dignidade, ao não se identificar que interesses e pressupostos justificariam uma actuação compulsória. Isto porque o artigo 148.º do Código Civil, não expressa os pressupostos substantivos, nem tão pouco garante um processo equitativo especial para justificar uma intervenção tão invasiva, nem inclui prazos limites de duração

---

<sup>42</sup> Vieira de ANDRADE. *Direitos fundamentais*, 279. Este autor ressalva, todavia, «sem prejuízo, como se disse, da limitação legislativa desses direitos, para declaração de limites imanentes ou para solução de um conflito». Contudo, as soluções de internamento no âmbito do maior acompanhado encerram-se na finalidade do instituto e a sua funcionalização exclusiva à prossecução e salvaguarda dos interesses do beneficiário. Eventuais conflitos de interesses ou de direitos serão conspectos a outras relações jurídicas para as quais o acompanhante não está habilitado a exercer poderes-deveres porque são estranhos à relação de cuidado matricial do instituto.

ou a previsão de revisão da medida<sup>43</sup>. Continuando a acompanhar Vieira de Andrade, «a dignidade do homem livre constitui para nós a base dos direitos princípios e a unidade material. (...). ....a ideia do homem ser digno e livre, que está na base dos direitos e que constitui, muito especialmente, a essência dos direitos, liberdades e garantias, tem de ser vista como um limite absoluto a esse poder de restrição»<sup>44</sup>.

Parece claro que a restrição de liberdade, quer na dimensão de decisões sobre a integridade física e saúde, quer na liberdade de movimentos, exigem uma justificação reforçada para a sua restrição, que não se baste com o mero interesse objectivo da pessoa. Desta feita, lendo a Lei de Saúde Mental à luz do artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas e do artigo 5.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, bem como do artigo 27.º, n.º1 e 3, alínea h) da Constituição, podemos concluir que existe uma obrigação a

---

<sup>43</sup> A este respeito deve ser dado nota que a mera previsão legal da possibilidade de internamento não garante a justificação da decisão se a mesma não fora tomada a partir de um processo equitativo. Neste sentido *Mihailovs c. Letónia*: «143. However, the Court reiterates that the notion of “lawfulness” in the context of Article 5 § 1 has also a broader meaning. The notion underlying the term “procedure prescribed by law” is one of fair and proper procedure, namely that any measure depriving a person of his liberty should issue from, and be executed by, an appropriate authority and should not be arbitrary (see *Winterwerp*, cited above, § 45, and, more recently, *X v. Finland*, no. 34806/04, § 148, ECHR 2012 (extracts)). In other words, the detention cannot be considered “lawful” within the meaning of Article 5 § 1 if the domestic procedure does not provide sufficient guarantees against arbitrariness» (ECLI:CE:ECHR:2013:0122JUD003593910).

Ver ainda Michael PERLIN. “Chimes of Freedom: International Human Rights and Institutional Mental Disability Law”. *New York Law School Journal of International and Comparative Law* 21/3 (2002) 423-434, p. 427: «Internationally, there is a shameful history of human rights abuses in psychiatric institutions: the provision of services in a segregated setting that cuts people off from society, often for life; the arbitrary detention from society that takes place when people are committed to institutions without due process; the denial of a person’s ability to make choices about their life when they are put under plenary guardianship; the denial of appropriate medical care or basic hygiene in psychiatric facilities; the practice of subjecting people to powerful and dangerous psychotropic medications without adequate standards; and the lack of human rights oversight and enforcement mechanisms to protect against the broad range of abuses in institutions.»

<sup>44</sup> Cf. Vieira de ANDRADE. *Direitos fundamentais*, 282.

cargo dos Estados de proteger todos os que se encontrem na sua esfera de jurisdição em condições de igualdade, pelo que a ausência de capacidade não confere um poder discricionário às autoridades, representante legal, ou até mesmo cuidadores de facto, de privarem a liberdade do «objecto» de protecção.

Destarte, a privação de liberdade e tratamento compulsivo fundada tão só na condição de deficiência violaria a proibição de discriminação (artigos 5.º, 12.º, n.º 2 e 14.º da Convenção das Nações Unidas)<sup>45</sup>. A proibição da não discriminação em razão da deficiência implica o reconhecimento de um estatuto jurídico de plena capacidade a todas as pessoas, garantindo o artigo 12.º, n.º 2 da Convenção das Nações Unidas o reconhecimento a todos da capacidade jurídica de gozo e de agir<sup>46</sup>. Neste sentido veja-se o artigo 14.º, n.º1 *alínea* b) «a existência de uma deficiência não deverá, em caso algum, justificar a privação da liberdade» que deverá incorporar uma interpretação actualista do artigo 5.º, n.º1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

---

<sup>45</sup> Aliás, a tutela do direito à liberdade da pessoa assenta na dignidade da pessoa humana. É a partir desta que se reconhece o direito ao livre desenvolvimento da personalidade na sua manifestação de liberdade geral de acção ou o direito à autodeterminação que inscreve no seu objecto a liberdade, tal como consagrada no artigo 27.º da Constituição, mas igualmente a autodeterminação sobre a própria esfera de interesses, onde o consentimento para os cuidados de saúde é uma exigência da soberania sobre o eu, e expressão de autenticidade. Por isso, assume uma dupla dimensão positiva e negativa, a primeira enquanto justificação da intervenção integridade pessoal e saúde do paciente e a segunda na proibição de actuações contra a vontade do paciente, mesmo que conforme o seu melhor interesse objectivo. (Cf. Albin ESER. „Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht“. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 97/1 (1995) 1-46, p. 17). Aliás, como aponta Eser, a funcionalização dos cuidados de saúde implicaria a instrumentalização da pessoa a um propósito estranho à sua autodeterminação, justificando o tratamento compulsivo geral. Ver também M. Costa ANDRADE. “Anotação ao artigo 156.º”. in J. de Figueiredo DIAS, ed., *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Tomo I (artigos 131.º a 201.º). 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 600.

<sup>46</sup> Cf. Valentin AICHELE / Jochen von BERNSTORFF. „Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht: Zur Auslegung von Art. 12 der UN-Behindertenrechtskonvention“. *BtPrax – Betreuungsrechtliche Praxis* 5 (2010) 199-203. p. 201; Volker LIPP, „Betreuungsrecht und UN-Behindertenrechtskonvention“, 672.

Contudo, tal não afasta a necessidade de protecção do beneficiário perante interesses supra-individuais (aqui se encontrando a obrigação positiva a cargo do Estado de proteger a vida e integridade pessoal do beneficiário) ou mesmo perante a falha de capacidade deste para assumir responsabilmente as consequências dos seus actos, nomeadamente o grave perigo de auto-lesão (protecção do interesse individual do beneficiário). O que se exige é uma protecção proporcional capaz de assegurar autodeterminação da pessoa, sem cair no excesso de paternalismo castrador da dignidade da pessoa humana. A solução passa sempre por incluir o beneficiário no processo de decisão de forma a promover a sua autodeterminação e não a sua exclusão.

E esta exigência reflecte-se na necessidade que a falta ou limitações de capacidade de uma pessoa prejudicam a sua autonomia e autodeterminação. Por isso, prevê o n.º 3 do artigo 12.º da Convenção medidas de apoio que permitam incluir o beneficiário no processo de decisão sobre as questões que lhe digam respeito. Estas, ao contrário dos n.ºs 1 e 2, não gozam de efeito directo, mas nem por isso prescindem de um controlo de validade material sobre como garantir o apoio necessário e que implica meios de assegurar uma domínio ou participação efectiva do beneficiário e não a sua substituição. O modelo adoptado de «supported decision-making» é reflexo da preocupação e finalidade de assegurar que as decisões tomadas sejam pelo próprio ou, na impossibilidade, pela representação autêntica (ou o mais possível) da vontade e interesses do beneficiário e não de quem o apoia<sup>47/48</sup>. No entanto, tal não afasta a necessidade de, em certas circunstâncias, se decidir no interesse do beneficiário quando este não seja de todo capaz, porque a impossibilidade de actuação de um terceiro significaria a sua exclusão do comércio jurídico<sup>49</sup>.

O Comité, no seu Comentário Geral, deixa claro que os modelos de substituição – que pressupõem a incapacidade do beneficiário (a), a indicação do cuidador por outra pessoa que não o beneficiário

<sup>47</sup> Valentin AICHELE / Jochen von BERNSTORFF, „Das Menschenrecht“, 202.

<sup>48</sup> Uma primeira referência é feita pelo Comité nas Observações do relatório inicial da Tunísia UN Doc CRPD/C/TUN/CO/1, 13.05.2011, para. 23.

<sup>49</sup> Cf. Stefanie SCHMAHL. „Menschenrechtliche Sicht auf die Zwangsbehandlung von Erwachsenen bei Selbstgefährdung“. *BtPrax – Betreuungsrechtliche Praxis* 2 (2016) 51-54.

ou mesmo contra a sua vontade (b), ou decisões tomadas a partir dos melhores interesses do beneficiário por oposição à vontade e interesses do beneficiários – devem ser substituídos, não bastando a convivência entre modelos de apoio e de substituição, porquanto a manutenção destes não cumpre de forma adequada o artigo 12.º da Convenção<sup>50</sup>. Aliás, outra nota importante, é que o necessário recorte da medida impõe um cerzir judicial do objecto do acompanhamento que materialize o modelo de apoio, não bastando a mera atribuição de poderes gerais de gestão e representação integral da área de interesses do beneficiário. Não só tal representa um excesso de regulação dos assuntos do beneficiário, implicando uma intromissão desproporcional às necessidades do beneficiário, como, seja qual for o conteúdo das medidas, as mesmas devem sempre ser a realização autêntica da pessoa, devendo o cuidador procurar uma actuação conforme à vontade e interesses do beneficiário e não de acordo com o seu melhor interesse<sup>51</sup>.

Desta feita o n.º 3 deve ser articulado com o n.º 4, ambos do artigo 12.º da Convenção, tendo como premissa o respeito pela capacidade remanescente e a intervenção mínima, determinando o recorte da medida às necessidades do beneficiário. Isto exige garantias procedimentais de participação do beneficiário e tutela jurisdicional de uma medida que seja conforme aos interesses e direitos daquele. Em particular, nos domínios em que possam resultar conflitos de interesses e de situações de abuso, pelo que deve ser sempre garantido, na medida do possível, a autodeterminação do beneficiário<sup>52</sup>.

Isto realça duas dimensões. A primeira diz respeito ao facto de a autodeterminação pessoal dever ser aferida de forma actual, gozando de um efeito *prima facie* quanto à existência de competência do beneficiário para autonomamente se autodeterminar. Cabe ao representante demonstrar, para a fundar como válida e eficaz,

---

<sup>50</sup> Cf. Comentário Geral, n.º 1 (2014). para. 27 (na versão da Corrigendum) e para. 28.

<sup>51</sup> Cf. Comentário Geral, n.º 1 (2014). para. 29, alínea (b) : «(b) All forms of support in the exercise of legal capacity, including more intensive forms of support, must be based on the will and preference of the person, not on what is perceived as being in his or her objective best interests;»

<sup>52</sup> Cf. Volker LIPP. „Betreuungsrecht und UN-Behindertenrechtskonvention“, 673; cf. Stefanie SCHMAHL. „Menschenrechtliche Sicht“, 51-54.

que a sua decisão é conforme a vontade e interesse do beneficiário, demonstrando que este foi informado e participou no processo de decisão (quanto mais relevante e intrusiva for a decisão aos interesses do beneficiário, maior será a exigência de fundamentação). A segunda é que, mesmo perante a incapacidade de facto do beneficiário, a legitimidade do exercício do poder-dever do acompanhante não é ilimitado e discricionário, devendo, quanto mais restritiva for a decisão para a esfera pessoa da pessoa, justificar um controlo e sindicância da decisão tomada. Ao exercício destes poderes aplicam-se as mesmas garantias que balizaram a decisão de constituição da medida de maior acompanhado. Desde logo, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo e garantia de audição e participação do beneficiário na medida da sua capacidade remanescente.

A constituição da medida de acompanhamento a pessoa maior pressupõe a criação de uma relação jurídica especial entre acompanhante e beneficiário, cuja matriz, independentemente do âmbito de atribuições, será sempre a imposição de um dever de cuidado sobre aquele. Estamos perante uma relação assente num vínculo fiduciário, cabendo ao acompanhante o dever de garantir os direitos fundamentais do beneficiário. A relação de cuidado que se estabelece entre o beneficiário e o seu acompanhante está vinculada, em toda a sua extensão, aos direitos, liberdades e garantias daquele. O beneficiário conserva a plena titularidade, entre outros, do direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, quando possua capacidade de facto bastante para autogovernar parte dos seus interesses, ou ainda a título de participação na concretização dos interesses fundamentais e guias da actuação do acompanhante. A actuação deste não está, pois, justificada pelo simples e único apelo à finalidade de prossecução dos melhores interesses objectivos do beneficiário.

##### **5. A descrição do âmbito de atribuições na sentença de constituição da medida de maior acompanhado: princípio da atribuição/especificação**

Conforme referido *supra* a relação jurídica de acompanhamento de pessoa maior é relação fiduciária de cuidado dos direitos e interesses do beneficiário. Esta relação pressupõe, necessariamente, a inclusão do beneficiário no processo de decisão e governo dos

seus interesses e assuntos. Sendo que o objecto dos poderes do acompanhante serão recortados a partir das específicas necessidades do beneficiário e deverão ser as mesmas especificadas na sentença constitutiva do acompanhamento. Qualquer que seja o âmbito do objecto da medida de acompanhamento, o princípio é o do reconhecimento de capacidade de agir e remoção das barreiras sociais para a tomada de decisão do próprio beneficiário. Claro está que as limitações emergentes da situação clínica e condicionantes sociais podem determinar um grau de ineptidão ou limitação que frustrem, em parte, a medida de apoio e inclusão para tomada de decisão autónoma.

Estas necessidades funcionalizam-se à promoção de autonomia e bem-estar do beneficiário, que partem do respeito pela vontade, interesses e desejos manifestados, sendo estes vinculativos à actuação do acompanhante e que exige desta o envolvimento, participação e informação do beneficiário. Para tal é necessário um envolvimento pessoal e de proximidade com beneficiário, em especial perante a importância e gravidade dos interesses em causa (artigo 146.º, n.º 2 do Código Civil). Serão parte integrante da relação de cuidado a protecção e promoção dos direitos e interesses à vida, saúde e património.

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

Todavia, não vale, para a relação de acompanhamento, uma interpretação maximizadora dos poderes-deveres do acompanhante que tendam a incluir todos actos necessários a realizar em apoio ou

mesmo substituição do beneficiário. No caso de inaptidão de facto do beneficiário, a legitimação da intervenção do acompanhante depende de uma escrupulosa inventariação das necessidades para estabelecer a proporcionalidade entre a necessidade e adequação do acompanhamento e, conseqüente, legitimidade da intervenção do acompanhante. A escarpelização dos poderes é condição de atribuição e eficácia da legitimidade da intervenção no âmbito da relação jurídica, pelo que fora dos poderes especificados na sentença, a actuação do acompanhante terá que ser enquadrada no âmbito de outras relações jurídicas, mormente, no quadro da gestão de negócios.

Daí que o artigo 148.º do Código Civil não possa ser considerado como uma norma atributiva de competência do acompanhamento ou de alargamento das suas funções, antes deve ser enquadrada dentro de uma relação de acompanhamento modelada (como um *fato à medida*) das necessidades actuais do beneficiário tal como foi determinado por sentença (daí a previsão de revisão da medida em função da evolução da situação e obrigatoriamente no prazo de 5 anos).

## **6. O âmbito e efeitos do artigo 148.º do Código Civil**

### **6.1. Internamento-tratamento: os poderes-deveres do acompanhante**

Em primeiro lugar, temos de destrinçar o sentido e alcance do internamento. Se o mesmo adopta o alcance da Lei de Saúde Mental onde se prevê o confinamento e contração da liberdade como instrumento de realização de tratamento médico. Neste conspecto, internamento é indissociável de tratamento, este apresenta-se como meio à efectivação do tratamento e conseqüente remoção da situação de perigo em que a pessoa se encontrava. Coagir a pessoa a receber um determinado cuidado de saúde necessário para a remoção de um perigo grave para si ou para terceiros ou para bens. No entanto, é possível ocorrer tratamento sem internamento, serão as situações que ocorrem em regime de ambulatório. Nestas é pressuposto a adesão do beneficiário ao tratamento como fundamento para se desconsiderar, em termos de necessidade, ao meio mais restritivo da liberdade. Ainda assim, continua a enquadrar-se numa relação de

autoridade a realização do tratamento, porquanto o seu não cumprimento implica a justificação do recurso ao meio mais musculado de garantia do tratamento (artigos 8.º, n.º 3 e 33.º, n.º 2, da Lei de Saúde Mental).

Ora, o internamento «civil» apresenta contornos distintos. Perante o carácter vago da formulação do artigo 148.º do Código Civil acoplado à fragmentariedade do regime, temos de ter especiais cautelas.

A primeira é que não está em causa o internamento previsto na Lei de Saúde mental. O internamento «civil» é um meio complementar e resulta da relação jurídica de acompanhamento, adstrita aos poderes reconhecidos por sentença judicial e no estrito limite das finalidades do instituto: a salvaguarda dos interesses próprios do beneficiário e não de terceiros. Quanto à tutela dos interesses destes apenas é possível uma medida de internamento nos termos da lei de saúde mental e respectivos pressupostos elencados no seu artigo 12.º. Daí o artigo 13.º, n.º 1 da Lei de Saúde Mental conferir legitimidade ao acompanhante para requerer o internamento compulsivo como meio de assegurar um tratamento necessário ao cuidado do beneficiário e que é contra a vontade deste. Prevê aquela norma que: «Tem legitimidade para requerer o internamento compulsivo o representante legal do menor, o acompanhante de maior quando o próprio não possa, pela sentença, exercer direitos pessoais, qualquer pessoa com legitimidade para requerer a instauração do acompanhamento, as autoridades de saúde pública e o Ministério Público.»

Feita esta separação de âmbitos, fica por determinar se é possível recorrer ao internamento civil para situações de perigo para interesses próprios do beneficiário. Cremos que balizar a necessidade de internamento por uma mera situação de perigo não se enquadra no âmbito da relação de acompanhamento. Primeiro, pela inexistência de critérios que fundem tal juízo, opondo-se às exigências impostas pelo artigo 18.º, n.º 2 em conjugação com o artigo 27.º, n.ºs 1 e 3, ambos da Constituição. A isto acresce o facto de tal situação de perigo *per se*, pressupor uma intervenção discriminatória nos direitos das pessoas com deficiência – porque a intervenção justifica-se em função da condição da deficiência do beneficiário –, violando o artigo 13.º, n.º1 da Constituição numa interpretação dinâmica a partir dos artigos 5.º e 14.º, n.º 1 da Convenção das Nações Unidas. A ponderação da necessidade do internamento com fundamento no

perigo apenas pode ter guardiã no quadro da Lei de Saúde Mental, para o qual o acompanhante tem legitimidade para requerer o internamento compulsivo (valem assim as considerações feitas quanto ao perigo para terceiros).

Então o que resta?

Atendendo à posição por nós aqui veiculada, do artigo 148.º do Código Civil não resulta possível incluir na decisão do acompanhante o poder de impor um tratamento contrário à vontade do beneficiário<sup>53</sup>. Vontade esta concretizada por uma manifestação presente ou mesmo antecipada através de uma directiva antecipada de vontade, para efeitos da Lei n.º 25/2012, 16.07, ou de carácter inominado.

Assim como não pode o tribunal, por sentença, restringir a capacidade da pessoa para se autodeterminar em termos de cuidados de saúde, enquanto direito pessoal. Essa limitação é manifestamente desproporcional e discriminatória, quando não tomada em função de um concreto acto. Aliás, tratando-se de uma *capacidade de facto*, o tribunal não pode privar o beneficiário da sua capacidade, sob pena de obliterar a sua dignidade enquanto pessoa. O juízo que poderia justificar tal decisão assentaria exclusivamente na deficiência, motivo único para o tornar paria sobre a soberania sobre a sua esfera de interesses. A sentença ao definir os termos da relação jurídica não pode apor-lhe um conteúdo de poderes condicionais restritivos da liberdade e autodeterminação da pessoa. O que pode é prever poderes de decisão em situações de incapacidade do beneficiário, mas não de exclusão deste do processo de decisão sobre a sua esfera pessoal de interesses. A ocorrer esta exclusão, a mesma tem

---

<sup>53</sup> Cf. Paula Távora VÍTOR. “Anotação ao artigo 148.º”. in Ana PRATA, ed., *Código Civil Anotado*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2019). p. 191. Esta autora refere que «não parece que se possa reconduzir ao internamento para *efeitos de tratamento médico*. Nestes casos, quando estejamos perante uma situação em que a capacidade para consentir do acompanhado não seja suficiente, nada obsta a que seja atribuída competência ao *acompanhante* para, por indicação médica, tomar esta decisão, que se insere no normal quadro de cuidado do acompanhado e é simplesmente instrumental relativamente às decisões em matéria de saúde». Concordamos inteiramente com a posição desta Autora, na medida em que é a partir do âmbito de tarefas fixados por sentença que se fixa os poderes-deveres do acompanhante, sendo a partir destas que se determina o quando, como e extensão da intervenção, incluindo a necessidade de autorizar cuidados de saúde perante a incapacidade do beneficiário de consentir.

que ser sindicada por via de decisão judicial e, perante a omissão do legislador, no quadro da intervenção da Lei de Saúde Mental. O legislador poderia ter adoptado uma norma similar à § 1906 (3), (3a) BGB<sup>54</sup>, mas não o fez<sup>55</sup>. Nem tão pouco, atendendo à proximidade da elaboração do projecto e a aprovação da Lei n.º 49/2018, considerou o legislador a disposição §1906a BGB. A norma apenas se refere a internamento, sem precisar se o mesmo inclui cuidados de saúde e se a decisão pode ser contra a vontade do beneficiário. Carece o nosso sistema de lei habilitante que permite tomar uma medida, no âmbito da relação de acompanhamento, de decisões contrárias à vontade do beneficiário<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Transcrevendo o BGB na sua tradução em inglês pelo Ministério da Justiça alemão (disponível no sítio [www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb)):

«(3) If medical treatment in accordance with subsection (1) no. 2 is inconsistent with the natural will of the person under custodianship (coercive medical treatment), the custodian may only consent to it if

1. the person under custodianship cannot recognise the necessity of the medical treatment or cannot act in accordance with this realisation, because of a mental illness or of a mental or psychological handicap,

2. previous attempts were made to convince the person under custodianship of the necessity of the medical treatment,

3. the coercive medical treatment in the context of accommodation under subsection (1) is necessary for the best interests of the person under custodianship, in order to avert the threat of substantial damage to health,

4. the substantial damage to health cannot be averted by any other measure which is reasonable for the person under custodianship, and

5. the anticipated benefit of the coercive medical treatment considerably outweighs the anticipated adverse effects.

Section 1846 is only to be applied if the custodian is prevented from carrying out his duties.

(3a) Consent to the coercive medical treatment requires the consent of the custodianship court. The custodian is to revoke consent to the coercive medical treatment if the preconditions therefor cease to apply. He is to inform the custodianship court of the revocation.»

<sup>55</sup> Como demos nota, apenas previu a inclusão no seu âmbito as medidas «anticoncepcionais».

<sup>56</sup> Estamos perante uma questão diametralmente oposta à possibilidade de internamento e tratamento compulsivo enquanto meio de protecção da saúde pública. Questão debatida a respeito da tuberculose, entre outros, vejam-se os trabalhos Sónia FIDALGO. “Internamento compulsivo de doentes com tuberculose”. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 1/2 (2004) 87-124.

Parece-nos, no rigor metodológico, e tendo em conta os princípios constitucionais (em especial o artigo 18.º, n.º2 da Constituição), que a ausência de uma norma clara e expressa não permite extrapolar o sentido normativo além do que compõe o seu sentido literal. Estaríamos a falar intervenções absolutamente restritivas dos direitos das pessoas, sendo que a sua dignidade não se coaduna com justificações legais vazias e não concretizadas<sup>57</sup>. Se lhes dermos espaço cometeremos o risco de admitir a coisificação do beneficiário, uma vez que este se torna «objeto» da decisão de outrem sobre a sua esfera de interesses, dispondo-se sobre o seu corpo, saúde e liberdade para prossecução de interesses alheios, mesmo que de acordo com o seu melhor interesse objectivo. Tal é contrário à dignidade e autodeterminação do beneficiário, tutelados nos artigos 1.º e 26.º, n.º 1 da Constituição, bem como uma clara discriminação em razão da deficiência (artigo 13.º, n.º 1 da Constituição) e, por conseguinte, violadora dos artigos 5.º, 12.º, n.ºs, 1, 2 e 3 e 14.º da Convenção das Nações Unidas.

Uma vez que o fundamento seria a protecção contra a própria auto-colocação em perigo de interesses próprios do beneficiário, e sendo estes os exclusivos interesses que fundariam a medida de internamento, então caberia à lei concretizar os termos do alcance do poder-dever do acompanhante e os poderes do tribunal. A possibilidade de uma intervenção compulsiva deverá, desta forma, partir dos mesmos pressupostos que se aplicam a qualquer outra pessoa, isto é, só em função de interesses supra-individuais é que se pode permitir tal intervenção. Falamos por isso, de um critério neutral de intervenção, assegurando que a possibilidade de restrição à autodeterminação é fundada em critérios iguais para todos, como o será, nomeadamente, nos domínios da saúde pública<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Sobre os requisitos de as leis restritivas ver, entre outros, Vieira de ANDRADE. *Direitos fundamentais*, 274-288 (em esp. ver sobre a densidade suficiente da lei formal, p. 287-288).

<sup>58</sup> Cf. Costa ANDRADE. “Anotação ao artigo 156.º”, 612. Ver ainda Capelo de SOUSA. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. 226-228. Vejam-se ainda os artigos 17.º e 18.º da Lei n.º 81/2009, 21-08 (Sistema de vigilância em saúde pública), diploma que revogou a Lei n.º 2036 de 09.08.1949. Sobre o problema dos tratamentos compulsivos em razão de protecção de saúde pública e o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 06.02.2002 (ECLI:PT:TRP:2002:0110232.D9), ver, *inter alii*, Sónia FIDALGO, “Internamento

Uma última nota deve ainda ser feita a respeito do disposto no artigo 5.º, n.º 3 da Lei de Saúde Mental. Este, ao referir que os «direitos referidos nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 são exercidos pelos representantes legais quando os doentes sejam (...) maiores acompanhados e a sentença de acompanhamento não faculte o exercício direto de direitos pessoais», pressupõe a possibilidade de restrição dos direitos pessoais do beneficiário. Todavia, reiterando o acima referido quanto à inadmissibilidade de uma sentença genérica restritiva da capacidade dos direitos pessoais, deve-se ter presente que não se tratam de faculdades integrantes dos direitos, antes de capacidade para o exercício desses direitos. Ora, as faculdades integram ou compõe o conteúdo do direito subjectivo, pelo que das duas uma, ou a pessoa tem idoneidade para o exercer autonomamente e, como tal, não padece de uma incapacidade que careça de um decisor substituto ou representante legal, ou não tem e carece de alguém que o faça por si ao abrigo de um instrumento de suprimento de incapacidade. E, mais uma vez, o legislador prevê uma incapacidade jurídica como condição de atribuição de poderes de representação legal. Incapacitar para decretar a medida de protecção e não prever mecanismos de inclusão do beneficiário. Tanto mais seria paradoxal que o legislador que consagra o modelo de apoio/assistência da pessoa com deficiência concedesse a possibilidade de uma solução mais restritiva do que a anterior interdição. Uma vez que a versão original do artigo 5.º, n.º 3 ressaltava a capacidade para actos pessoais, colocando a tónica na incapacidade natural para a tomada de decisões: «Os direitos referidos nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 são exercidos pelos representantes legais quando os doentes sejam menores de 14 anos ou não possuam o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento».

---

compulsivo”, 87-124; André Dias PEREIRA. “Sida, toxicod dependência e esquizofrenia: estudo jurídico sobre o internamento compulsivo”. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 7/14 (2004) 63-79; e do mesmo autor, “Sobre o internamento compulsivo de portadores de tuberculose. Anotação ao Acórdão do Porto de 6 de Fevereiro de 2002”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 1/1 (2004) 135-142; Pedro MORAIS. “O internamento compulsivo do portador de doença infecto-contagiosa. Notas de andar e ver”. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 10/20 (2013) 145-169, em esp. p. 161-165.

A ser necessária a intervenção clínica, a mesma restringe-se ao âmbito da Lei de Saúde Mental e respectivo processo, porquanto a ausência de pressupostos determina que, em abstracto, a norma poderia servir para qualquer internamento e tratamento não querido pelo beneficiário. A autodeterminação reconhecida quanto aos cuidados de saúde pelas regras do consentimento informado seria excluída ao beneficiário pela sua condição, o que redundaria numa discriminação em função da deficiência.

Temos, por isso, que entender a norma sobre internamento como dizendo respeito aos poderes do acompanhante no que toca à colocação institucional do beneficiário, mais propriamente à mudança de residência ou intervenções em que a decisão de internamento não é acometida de uma indicação médica, como condição acessória à efectivação de determina terapêutica. Isto sem prejuízo de o referido internamento poder justificar restrições à liberdade do beneficiário, quando necessário. Pensamos na situação em que o beneficiário assume comportamentos de risco decorrentes de comportamentos suicidas<sup>59</sup>, ou frequenta locais que suportam um perigo fundado comportamentos de risco (p. ex. a ausência de mecanismos de controlo de comportamentos sexuais pode levar a que a dependência ou acesso a determinados locais agravem o risco de doenças sexualmente transmissíveis, ou acesso a locais de jogo legal ou ilegal), ou ainda, que coloquem em causa a terapêutica e reabilitação.

A justificação da restrição da liberdade do beneficiário deve prosseguir em primeira linha o interesse próprio daquele, sendo tanto mais relevante quando a intervenção pressupõe uma actuação contrária à vontade, ainda que não perfeita, do beneficiário. Com vontade viciada queremos dizer que o processo de decisão se encontra condicionado ou constrangido na formação livre ou esclarecida da vontade, mas que, ainda assim, conceda aptidão para autodeterminadamente o beneficiário acautelar os seus interesses pessoais ou patrimoniais.

Quando o internamento esteja associado a uma específica terapêutica, teremos de atender à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos relativa aos artigos 3.º, 5.º e 6º da Convenção Europeia. É relevante, em particular, o caso *Stanev c. Bulgária*, req.

---

<sup>59</sup> Cf. Georg DODEGGE. *Die Entwicklung des Betreuungsrechts bis Anfang Juni 2014*. NJW 2014, beck-online, 2691.

n.º 36760/06<sup>60</sup>, quanto às exigências de que o internamento seja em estabelecimento adequado, as condições em que é feito o acolhimento e os meios terapêuticos de resposta às necessidades do beneficiário. A estes requisitos objectivos tendentes à prestação do cuidado de saúde per se, acresce a garantia de uma intervenção conforme a vontade do beneficiário. Isto é, a previsão de garantias de que o internamento não é contra a vontade do beneficiário, cuja decisão última prevalece e não é susceptível de ser ultrapassada em sede do artigo 148.º do Código Civil. Este artigo, ao não elencar fundamentos para um internamento compulsivo, não é operativo quanto à dispensa do consentimento do beneficiário. Apenas serve para sindicat a oportunidade e proporcionalidade da decisão do acompanhante na alteração de residência para meio institucional (seja hospitalar ou residencial) e na limitação da sua liberdade e que, por isso, pode ser impugnada pelo beneficiário com meio de garantir a sua liberdade e autodeterminação. Veja-se como no caso *D.D. c. Lituânia, req. n.º 13469/06*<sup>61</sup>, o Tribunal Europeu concluiu pela violação do artigo 5.º, n.º 4 da Convenção, quando, para a decisão de internamento, baste a posição do representante legal, sem ter em consideração a vontade do beneficiário e sem lhe conceder legitimidade processual para reagir judicialmente contra aquela decisão.

## 6.2. Conceito de internamento

Chegados aqui, a relevância da figura do internamento «civil» é, por isso, residual e circunscreve-se à sindicância da decisão do acompanhante nos limites da sua intervenção sobre a esfera de direitos fundamentais do beneficiário. É o resultado e a imposição da obrigação positiva do Estado em tutelar a dignidade e autodeterminação do beneficiário, assegurando-se que este não se encontra capaz de tomar a decisão autonomamente e de que a mesma é conforme os seus interesses.

Nas palavras de Paula Távora Vítor «a palavra ‘internamento’ encontra-se geralmente associada ao confinamento em determinado estabelecimento para efeitos médicos»<sup>62</sup>. A associação entre confi-

<sup>60</sup> ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD003676006.

<sup>61</sup> ECLI:CE:ECHR:2012:0214JUD001346906.

<sup>62</sup> Cf. Paula Távora Vítor, “Anotação ao artigo 148.º”, 191.

namento e terapêutica é apresentada como um meio de realização desta, mas pode assumir um conteúdo mais amplo. Aqui se pode incluir o confinamento numa instituição, ou sujeição a controlo constante, mesmo quando se encontre na sua residência, impedindo ou restringindo a sua liberdade de circulação e contactos com pessoas<sup>63</sup>. O relevante é o tipo de medidas implementadas e de que forma as mesmas restringem a liberdade de circulação do beneficiário<sup>64</sup>.

Contudo, o grau de restrição ou limitação pode variar, colocando em causa, aquilo que já se discute no sistema de promoção e protecção de crianças e jovens, entre o regime aberto ou fechado do acolhimento residencial. Isto porque as limitações de circulação podem ser admissíveis e não materializadoras de um confinamento e privação da liberdade. Serão as situações em que as horas de saída e entrada são controladas (p. ex. o encerramento de portas de instituição durante a noite). Nestas circunstâncias as limitações integram a cláusula de adequação social inerente às exigências de organização das instituições e segurança do próprio beneficiário e demais, se for possível àquele sair da instituição, quer pela disponibilização de chave ou de acesso a um funcionário que faculte a saída<sup>65/66</sup>. Todavia, deve ser tido em consideração que o facto de ser uma instituição aberta não prescinde que se determine o âmbito de controlo que é feito sobre o beneficiário. Na opinião do Juiz Loucaides, no caso *H.M. v. Suíça*, «physical freedom is of unique importance and that the exceptions to the prohibition of deprivation of liberty are exhaustively limited to those set out expressly in the sub-paragraphs of Article 5 § 1. If an individual's deprivation of liberty does not fall within any of these categories then it must be prohibited by Article 5»<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> Aproveitando, em parte, a noção do BGH, *Beschluß vom 11. 10. 2000 – XII ZB 69/00 (Hamm)*. – BGH: *Zivilrechtliche freiheitsentziehende Unterbringung des Betreuten zur Zwangsmedikation*(NJW 2001, 888)p. 889.

<sup>64</sup> Cf. Angie SCHNEIDER, „BGB § 1906a“, Rn. 10.

<sup>65</sup> Neste sentido veja-se o BGH, *Beschluss vom 7.1.2015 – XII ZB 395/14*. NJW 2015, 865.

<sup>66</sup> Dieter SCHWAB. „BGB § 1906 Genehmigung des Betreuungsgerichts bei der Unterbringung“. in *Münchener Kommentar zum BGB*. 7. Aufl. 2017 [beck-online]. Rn 9.

<sup>67</sup> ECLI:CE:ECHR:2002:0226JUD003918798.

Assim, o conceito de internamento deve ser entendido como uma cláusula geral de garantia da liberdade do beneficiário, devendo incluir na sua *ratio* axiológico-normativo todas as situações de privação de liberdade, sejam elas em contexto de acolhimento residencial/institucional, sejam mecanismos de controlo e limitação da liberdade por utilização de mecanismos ou dispositivos de controlo à distância que limitem a faculdade de circular ou sair de determinado espaço<sup>68</sup>.

Partindo do caso *Ashingdane c. Reino Unido*, req. n.º 8225/78, decidido pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a protecção do direito à liberdade da pessoa estende-se a situação em que esta se encontre em unidades ou instituições em regime «aberto», uma vez que a determinação de uma situação de confinamento depende da faculdade objectiva que a pessoa tem de se poder locomover e sair dentro da instituição onde se encontra internado. Deve assim aferir-se em que medida existe uma efectiva liberdade de a pessoa recusar o internamento e sair da instituição<sup>69</sup>.

No mesmo sentido, a favor de uma interpretação ampla, para efeitos de protecção, veja-se o caso *Mihailovs c. Letónia*, req. n.º 35939/10<sup>70</sup>, que reitera os princípios do caso *Stanev c. Bulgária*, req. n.º 36760/06, em especial a dimensão que a privação de liberdade advém do controlo de facto que é feito à liberdade de acção

<sup>68</sup> Cf. Andrea SPICKHOFF, „BGB § 1906a“, Rn. 14.

<sup>69</sup> Cf. ECLI:CE:ECHR:1985:0528JUD000822578. Para. 43. Como nota o Justice Kenney no caso *Lawrence c. Texas* (539 U.S. 558 (2003)), do Supremo Tribunal norte-americano «Liberty protects the person from unwarranted government intrusions into a dwelling or other private places. In our tradition the State is not omnipresent in the home. And there are other spheres of our lives and existence, outside the home, where the State should not be a dominant presence. Freedom extends beyond spatial bounds. Liberty presumes an autonomy of self that includes freedom of thought, belief, expression, and certain intimate conduct. The instant case involves liberty of the person both in its spatial and more transcendent dimensions».

<sup>70</sup> ECLI:CE:ECHR:2011:1124JUD000464608. para. 128: «The Court further observes that the notion of deprivation of liberty within the meaning of Article 5 § 1 does not only comprise the objective element of a person's confinement in a particular restricted space for a length of time which is more than negligible. A person can only be considered to have been deprived of his liberty if, as an additional subjective element, he has not validly consented to the confinement in question (see *Storck v. Germany*, no. 61603/00, § 74, ECHR 2005-V)».

do paciente, podendo ser considerada uma situação de detenção em enfermaria de regime aberto se estiver em constante supervisão e controlo, não podendo livremente decidir quando sai e com quem sai<sup>71</sup>.

Em todas estas situações, a decisão de internamento assume um propósito de controlo enquanto fim ou meio-fim e não enquanto uma necessidade acessória e de curta duração para realização de uma intervenção em termos de cuidado de saúde ou remoção de uma situação de perigo. Não é necessário que se recorra a meios de coerção para vencer a resistência física do beneficiário, basta que os meios utilizados sejam idóneos a limitar a sua autonomia e liberdade de movimentos, a partir das circunstâncias e características do beneficiário.

A utilização de identificadores por radiofrequência (ou RFID) ou GPS, colocação de sistemas de controlo de entrada e saída (mecanismos de fechaduras de difícil utilização para sair do edifício), controlo de saídas e períodos de tempo, constrições físicas ou arquitetónicas (limitação da saída da cama, circulação de cadeira de rodas) ou mesmo medidas de contenção (amarrar a cama ou cadeira) são exemplos de restrições à liberdade do beneficiário. No entanto, nem todas representam uma restrição aos direitos fundamentais justificadora do controlo dos poderes do acompanhante. Só o serão se as mesmas estiverem adstritas a uma função de restrição a um espaço físico de liberdade de circulação. A utilização de sistemas de GPS, RFID ou análogos podem mesmo ser instrumentos promotores da liberdade se a sua função for a de permitir a localização do beneficiário, servindo como garantia de supervisão aos movimentos com vista a rapidamente o encontrar em causa de necessidade, tendo em consideração a especial vulnerabilidade do beneficiário<sup>72</sup>. Já serão, todavia, restritivos, quando servem para limitar a liberdade de movimentos circunvendo a um edifício ou área limitada ou que impeçam o acesso a determinados espaços. Nestes casos, o alcance da medida é equivalente a uma medida de internamento, porquanto é cerceada a faculdade de livremente circular e sair do espaço onde

---

<sup>71</sup> Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Req. n.º 36760/06 para. 124-130 (ECLI:CE:ECHR:2010:0629DECO03676006).

<sup>72</sup> Cf. Bernd KLASSEN / Christine KLASSEN. „Mit technischer Assistenz selbstbestimmt und in Würde alt werden? Eine medizinisch-juristische Fallanalyse“. *BiPrax – Betreuungsrechtliche Praxis* (2018) 179 e s.

se encontre e que corresponde, materialmente, a uma medida de confinamento.

Em igual sentido, vale para os casos em que, apesar da incapacidade ou impossibilidade de locomoção autónoma, não seja conferida liberdade ao beneficiário de poder sair da instituição ou local onde reside sem a ajuda de um terceiro. Isto é, uma situação de facto que resulta de uma inaptidão para fazer uso da faculdade de circulação em contexto de constrangimentos quanto à saída, sem que seja por recurso de auxílio de terceiros, é também uma situação de internamento, ou seja, a mera limitação abstracta de materialização de tal faculdade é bastante para se configurar num internamento<sup>73</sup>.

Incluem-se, ainda, no conceito de internamento as situações em que o internamento pressupõe a alteração de residência. Conforme referido *supra*, a nossa norma não se enquadra no âmbito do §§1906 e 1906a BGB, antes se circunscreve ao mero controlo dos poderes-deveres do acompanhante quanto à determinação da residência ou limitação ou restrição da liberdade do beneficiário. Não está – a lei não é de natureza restritiva – em causa a coerção de uma decisão contra a vontade do beneficiário, pelo que âmbito é distinto do previsto para a *Betreuung* alemã.

Torna-se necessário distinguir o internamento em função do fim que o pretende justificar, pois dele dependerá o *iter* que determina a validade e eficácia de uma decisão de internamento voluntário.

O internamento poderá ser justificado por força da realização de cuidados de saúde. Ou seja, o internamento apresenta-se enquanto meio necessário à realização de cuidados de saúde, sejam terapêuticos ou de diagnóstico. Mas poderá suceder que o internamento se revele necessário enquanto fim em si mesmo, ou seja como medida atinente a assegurar o bem estar e saúde do incapaz. Serão estes os casos em que o internamento é necessário como a única medida que consegue proteger o interdito contra comportamentos de risco contra a sua própria vida e integridade física. Uma vez verificada a necessidade do internamento, seja como meio, seja como fim de protecção do interdito, cabe aferir quais os pressupostos subsequentes para afirmar a validade da decisão do representante ou não.

Um dos primeiros pressupostos é o de saber se o internamento implica ou não alteração de residência. Aqui residência deve ser

---

<sup>73</sup> Angie SCHNEIDER, „BGB § 1906a“, Rn 11 e 16.

entendida como o centro efectivo e estável da vida pessoal do beneficiário, no qual ele tem a sua morada (domicílio voluntário ou de facto) e onde se encontram o seu círculo de amigos e familiares ou esfera de apoio. A alteração de residência pressupõe em primeiro lugar a alteração de facto do centro da vida do incapaz, quer porque o internamento não tem prazo previamente delimitado, quer porque as circunstâncias de facto demonstram que não é previsível o regresso à residência original e/ou o fim da medida privativa de liberdade. Assim como ocorrerá alteração de residência sempre que o tempo de internamento pressuponha uma mudança duradoura (ainda que não permanente), como por exemplo, o estabelecimento da duração do internamento por um período mínimo (não fixação do seu termo) ou quando prevendo-se um termo este seja longo ao ponto de não se poder nele ver uma temporária, mas efectiva e prolongada mudança de residência. Logo, e por contraposição, não ocorrerá uma alteração de residência se o internamento tiver um termo previamente determinado (assim assegurando o carácter meramente transitório) e este for curto e necessário à realização de uma terapêutica medicamente indicado.

### 6.3. Natureza da autorização judicial

A complementaridade do internamento «civil», face à intervenção no âmbito da Lei de Saúde Mental, apenas será possível de ser alcançada se perspectivarmos a medida como extensão dos cuidados a assegurar ao beneficiário incapaz de autodeterminar responsabilmente a sua esfera de interesses. Para tal, será uma medida necessária à salvaguarda dos seus interesses, desempenhando uma função preventiva na salvaguarda da saúde e bem estar da pessoa. Tal integração visa encontrar soluções alternativas idónea à decisão de internamento e tratamento compulsivo, em atenção a uma ideia de proporcionalidade<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> Os cuidados de saúde, em particular na saúde mental, poderão ser promovidos pela constituição da medida de acompanhamento que, não sendo configurada como autoridade do acompanhante sobre o beneficiário, confirmam suficientes poderes para acompanhar o beneficiário na adesão e cumprimento da terapêutica necessária.

A virtualidade da medida pode inclusive servir de instrumento de transição para os beneficiários que tenham cumprido medida de segurança no âmbito do

A autorização confere legitimidade à decisão do acompanhante e subsequente eficácia da mesma enquanto fundamento para a restrição da liberdade do beneficiário. Trata-se de um facto jurídico complexo sucessivo que depende, para a sua perfeição e eficácia, da decisão judicial de validação e não meramente do acto jurídico voluntário de natureza decisório do acompanhante. Na sentença judicial está implícito um juízo de sindicância da proporcionalidade da decisão do acompanhante em momento prévio à efectivação como meio de controlo preventivo<sup>75</sup>. Em situações urgentes, contudo, a decisão do tribunal é de ratificação da eficácia (artigo 148.º, n.º 2 do Código Civil), gozando de efeitos temporários a decisão do acompanhante que permite legitimar o internamento<sup>76</sup>. Contudo,

---

direito penal ou internamento compulsivo. A medida de acompanhamento será sempre subjectiva na sua fundamentação, modelação, execução e extinção, porque as limitações resultam do contexto onde o beneficiário age na relação eu-mundo. As razões de saúde, deficiência ou de comportamento do beneficiário condicionadoras da formação ou formulação da sua vontade apenas relevam por contraponto aos factores sociais e ambientais em que pessoa interage e de acordo com as suas necessidades. O impacto de uma determinada patologia ou deficiência será sempre particular atento o estado de evolução, condições particulares do beneficiário e meios de apoio disponíveis. Pelo que pode o acompanhante desempenhar uma função coadjuvante à estabilização da condição clínica do beneficiário. É cogitável incluir no objecto do acompanhamento deveres de cuidado quanto aos cuidados de saúde e fixação de residência com vista a apoiar o beneficiário nas decisões a tomar e não como mero substituto, devidamente articuladas com a aposição de um termo curto (ou relativamente) curto de revisão da medida para assegurar a sua actualidade e proporção na intrusão na esfera de autodeterminação do beneficiário. O acompanhamento tem, por isso, a virtualidade de servir de *continuum* de apoio e verdadeira inclusão das pessoas que se encontram numa situação de especial vulnerabilidade e dependência resultante do cumprimento da medida de segurança e internamento compulsivo.

<sup>75</sup> Cf. Angie SCHNEIDER, „BGB § 1906a“, Rn 9.

<sup>76</sup> O artigo 148.º, n.º 2 do Código Civil não concretiza, em termos precisos, qual o prazo para requerer a autorização (fala em «imediatamente»), no entanto, atendendo à intervenção restritiva na liberdade do beneficiário, deverá servir de referência o prazo de 2 dias, por referência ao prazo para a decisão de confirmação do internamento urgente, nos termos artigo 26.º, n.º 2 da Lei de Saúde Mental, ressalvando, contudo, o artigo 137.º do Código de Processo Civil. Isto porque não foi incluído como serviço urgente para efeitos do regime de turnos previsto no artigo 53.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 49/2014, 23.03. (últ. alt. Rectificação n.º 22/2019, 17.05), que se tratava de um processo urgente, ao contrário da proposta do Centro de Direito da Família.

resulta claro que a decisão de internamento sem prévia obtenção de autorização (não se tratando de uma situação urgente ou faltando o pedido de ratificação) extravasa o âmbito dos poderes do acompanhante, sendo a decisão deste ineficaz em relação ao beneficiário (para efeitos de oponibilidade do eventual contrato ou obrigações emergentes do acto de internamento) e ilícita na ausência de uma causa de justificação (o que pode implicar a responsabilidade do acompanhante e da instituição que acolha o beneficiário).

Não se trata, portanto, de um vício de mera anulabilidade, uma vez que a decisão, porque respeita interesses jurídicos pessoais do beneficiário, atinge o âmago da esfera jurídica deste determinando a sua ilicitude por falta de causa de justificação bastante que justifique a coerção da sua liberdade. É no domínio da relação de direitos de personalidade que se encontra a garantia de sancionar uma actuação ilícita do acompanhante e que se espraia ao responsável pela unidade onde o beneficiário se encontra internado. Mesmo que o internamento pressuponha a celebração de um contrato, a falta de eficácia da decisão do acompanhante torna o mesmo nulo, nos termos do artigo 280.º, n.º 2 do Código Civil, por violação da cláusula de ordem pública (o contrato encerra no seu objecto a violação do direito de liberdade do beneficiário).

Assim, a exigência de autorização é condição de eficácia da decisão do acompanhante. Ainda que se atribua a este a competência para escolha da instituição e modelo de internamento, a eficácia da sua decisão depende da chancela do tribunal, e neste sentido, será, atenta a natureza de facto complexo, uma medida judicial, porquanto não depende apenas da mera vontade do acompanhante, nem a autorização judicial é mera condição de eficácia.

A isto acresce a exigência, para aferir da legitimidade do acompanhante –atento o princípio de atribuição inerente a uma relação jurídica que se pauta por um mínimo de intervenção na esfera do beneficiário – que o acompanhante tenha poderes específicos para a tomada de decisão que bulam com a liberdade do beneficiário. Não bastam, por isso, meros poderes de representação geral para tomar esta decisão, exige-se uma especificação dos poderes atribuídos ao acompanhante em matéria de cuidado pessoal e determinação de residência ou a previsão específica de internamento. Poder-se-á, ainda, incluir, se associado ao internamento, a prestação de cuidados de saúde ao beneficiário.

#### 6.4. Processo equitativo: Juízo de proporcionalidade e fundamentação

Feito este percurso, cumpre traçar algumas notas referentes ao poder de decisão do tribunal quanto à autorização judicial.

Atendendo à ausência de processo especial, ter-se-á que adaptar as regras processuais do processo judicial de autorização aos princípios do novo paradigma, com vista a assegurar um processo equitativo. Partindo sempre do pressuposto e garantia de um processo equitativo que assegure a plena participação e representação do beneficiário no processo de autorização judicial (aqui se inclui o patrocínio judiciário)<sup>77</sup>.

Assim, quer a autorização seja pedida autonomamente, nos termos do artigo 1014.º do Código de Processo Civil ou cumulada em processo de revisão da medida, artigo 904.º, n.º 2 do Código de Processo Civil. Neste último caso, estamos a falar de situações em que é necessário alargar ou concretização do seu objecto para incluir nos poderes-deveres do acompanhante decisões sobre a residência e cuidados de saúde do beneficiário com vista a legitimar o pedido de autorização de internamento. Em qualquer caso deve ser assegurada a participação do beneficiário, através da sua chamada ao processo, enquanto interveniente principal, e materializada através da sua audição pessoal e directa pelo tribunal<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> A este respeito o Comité da Convenção das Nações Unidas no Comentário No. 7 (2018), de 09.11.2018, afirmou: «30. The right to participate also encompasses obligations related to the right to due process and the right to be heard. States parties that closely consult with and actively involve organizations of persons with disabilities in public decision-making also give effect to the right of persons with disabilities to full and effective participation in public and political life, including the right to vote and stand for elections (article 29 of the Convention).»

Veja-se como exemplo as garantias de *processo equitativo* no direito estadunidense próximas das garantias do processo crime: cf. Michael PERLIN / Eva SZELI. “Article 14: Liberty and Security of Person”, 414. Na discussão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos *Herczegfalvy c. Áustria* (1992). David HEWIT. “Do Humans Rights Impact on Mental Health Law”. *New Law Journal* 151 (2001) 1278.

<sup>78</sup> A este respeito, vejam-se os artigos da proposta do Centro de Direito da Família:

«Artigo 1016.º-A

1. Nos processos de autorização judicial relativos a decisões de internamento (...)

O objecto do processo dependerá do tipo de internamento requerido, sendo comum a todos os processos aferir da capacidade para decidir autonomamente do beneficiário (se necessário, a partir de prova pericial que, atenta a maior ou menor urgência, deverá ser realizada na própria audiência). Se o mesmo inclui cuidados de saúde, dever-se-á determinar os cuidados de saúde indicados, terapêutica e duração dos mesmos validando o internamento como meio idóneo a assegurar e promover a saúde do beneficiário. Se o internamento pressupuser mudança de residência ou for um meio de contenção, deverá ser acompanhado por relatório social, bem como relatório que indique os meios a utilizar, justificação da ausência de alternativas idóneas menos restritivas e prazo de duração. Aliás, é comum a qualquer decisão a previsão do termo do internamento ou, pelo menos, prazo de revisão, devendo o tribunal guiar-se pelo prazo de revisão de dois meses previstos pela lei de saúde mental (artigo 35.º, n.º 2 da Lei de Saúde Mental), aqui aplicados a título de analogia.

Em termos de critério de decisão, os poderes do tribunal circunscrevem-se a garantir os direitos fundamentais do beneficiário e não tanto a oportunidade da decisão de internamento tomada pelo acompanhante. Ou seja, ao tribunal exige-se que assegure a prossecução da vontade e interesse do beneficiário, a avaliação da capacidade deste e a justa medida da decisão em confronto com o impacto que a mesma assume perante os direitos do beneficiário. Não compete ao tribunal determinar ou controlar a escolha da instituição,

---

a) A audição do interessado é obrigatória; no caso de a comparência deste ser impossível ou representar sacrifício excessivo, deve o juiz deslocar-se à sua residência ou ao local em que este se encontre, com ressalva da intimidade da vida privada e familiar e da dignidade humana;

b) O juiz deve ouvir o médico assistente do incapaz e quem entenda por relevante em função das circunstâncias do caso concreto.

(...)

Artigo 1016.º-B

Confirmação e revisão de decisão de internamento e restrição da liberdade

1. O pedido de confirmação nos casos previstos n.º 2 do artigo 156.º-F do Código Civil é apresentado no prazo de vinte e quatro horas após o internamento.

2. Realizadas as diligências que reputar necessárias, o juiz profere decisão no prazo máximo de quarenta e oito horas a contar da entrada do pedido do curador.

3. A situação é revista oficiosamente ou a pedido de qualquer das pessoas indicadas n.º 1 do artigo 892.º.»

mas tão somente aferir se no caso em concreto é a opção que melhor assegura os interesses do beneficiário.

Atendendo à discricionariedade que a decisão de internamento encerra para o acompanhante, ao tribunal cabe escrutinar judicialmente a justa medida daquela decisão, conformado o caso concreto ao juízo de proporcionalidade. Porque, está em causa um momento de discricionariedade na ponderação e avaliação, caberá ao tribunal o dever de fundamentação descritiva da situação de facto, de forma a afiançar a validade da sua decisão. Neste ponto, assume-se como relevante não só o controlo substancial do mérito da lei e sua aplicação individual (verificação dos pressupostos que justificam o internamento e o concreto pedido de internamento), como o próprio *iter* processual da decisão e garantias da mesma.

A avaliação da capacidade do beneficiário no momento da decisão de internamento<sup>79</sup>, tomando em consideração a necessidade actual de proteger interesses próprios do beneficiário<sup>80</sup>, pressupõe que a opção pelo internamento seja adequada.

Assim, cabe ao tribunal assegurar que o beneficiário careça da capacidade de entender e querer necessária para avaliar o sentido e alcance da recusa do internamento, o internamento seja realizado em instituição adequada, a ausência de internamento implique um grave e imediato perigo para a sua vida ou integridade física (devendo este ser devidamente indicado e fundado) e que, num teste de proporcionalidade em sentido estrito, o internamento seja necessário para garantir os seus próprios interesses (e não de terceiros). No final deve sempre ser aposto termo do internamento ou ser determinado, oficiosamente, o período de revisão do mesmo. O parâmetro legal, atenta a ausência de expressa regulação, deverá ser o prazo de revisão de dois meses previsto na lei de saúde mental, conforme acima referido, aplicando-se analogicamente com vista a assegurar uma interpretação conforme a Constituição.

---

<sup>79</sup> Neste sentido O.H. *c. Alemanha*, req. n.º 4646/08, para. 78 (ECLI:CE:ECHR:2011:1124JUD000464608); *Mihailovs v. Letónia*, req. n.º 35939/10, para 146 (ECLI:CE:ECHR:2013:0122JUD003593910).

<sup>80</sup> Parte-se do entendimento de *Parens patriae* enquanto pressuposto para o internamento civil no direito estadunidense a partir *Parens patriae*. ver Michael PERLIN/ Eva SZELI. “Article 14: Liberty and Security of Person”. 411 e s.

## 7. Conclusões

Feito este percurso, é nosso entendimento que o artigo 148.º do Código Civil se inscreve como uma norma legitimadora da actuação do acompanhante enquanto decisor *alternativo* ao beneficiário. Ou que apenas é possível quando este não tenha capacidade bastante para decidir num âmbito que objectivamente implica o seu confinamento no espaço. Não se fala em tratamentos compulsivos, somente a possibilidade de limitar a liberdade do beneficiário. A possibilidade de autorização cuidados de saúde será uma decorrência do âmbito de atribuições do acompanhante fixado por sentença. Em qualquer uma das intervenções, é pressuposto que o beneficiário não esteja em condições de decidir autonomamente. Caso esteja, então o internamento e tratamentos serão objecto da intervenção ao abrigo da Lei de Saúde Mental.

Assim, na verdade, não se pode falar, em sentido rigoroso, de internamento «civil», tão somente em determinar a legitimidade dos poderes de decisão do acompanhante. O internamento, esse, enquanto medida compulsória, continuará a encontrar a sua regulação na Lei de Saúde Mental, sem que com isso, não se deixe de prever uma articulação entre intervenção civil e saúde mental. Aliás, a medida de acompanhamento deve servir de instrumento de prevenção e promoção da saúde mental, bem como de rede de apoio aos beneficiários que tenham cumprido medida de segurança ou beneficiado de internamento e tratamento compulsivo<sup>81</sup>.

Uma última nota deve ser feita a respeito da aplicação em concreto do artigo 148.º do Código Civil (e, num certo sentido, na

---

<sup>81</sup> No projecto do Centro de Direito da Família previa-se expressamente a sindicância da subsidiariedade da intervenção no âmbito da lei de saúde mental, apresentando-se a curatela (nome da medida, mas que se pode equiparar à medida de maior acompanhado) como alternativa a ponderar dentro do juízo de adequação. Transcrevendo a proposta de alteração do artigo 15.º:

«3. Para os mesmos efeitos, e em igual prazo, o processo vai com vista ao Ministério Público que deve averiguar da existência dos pressupostos de funcionamento do regime de protecção de pessoas maiores.»

Não obstante a ausência de expressa previsão, a vinculação directa dos direitos fundamentais exige aos operadores judiciais a consideração da subsidiariedade e proporcionalidade da intervenção em termos compulsórios face à existência de mecanismos idóneos, menos restritivos.

aplicação de todo o instituto). Os direitos do beneficiário devem ser garantidos através de um processo equitativo que pressupõe a efectiva representação dos seus interesses<sup>82</sup>. Exigindo-se um efectivo contacto com o beneficiário, previamente às diligências, bem como assumir os interesses por ele manifestados. Tal será relevante, atenta à realização da justiça, em particular, numa perspectiva da teoria da *justiça terapêutica*<sup>83</sup>. A participação processual efectiva do beneficiário tende a favorecer a percepção de um processo justo e equitativo por parte dos seus intervenientes directos. Tal contribui para a materialização da igualdade e dignidade devidas às pessoas com deficiência, afirmando-se pela via adjectiva, o seu pleno estatuto<sup>84</sup>. Tal é particularmente relevante para assegurar que a medida em si não se esgota no espectro meramente processual e permite, através dela, a realização dos fins que asseguram o bem-estar e promovem a autodeterminação do beneficiário, uma vez que o internamento é somente um meio de realização dos interesses deste e não um fim em si mesmo.

---

<sup>82</sup> Para uma abordagem crítica ao papel do advogado na representação de pacientes do foro mental, ainda que a respeito da experiência estadunidense, não deixará, certamente, de ser pertinente na nossa ordem jurídica Bruce WINICK. “Therapeutic Jurisprudence and the Civil Commitment Hearing”. *Journal of Contemporary Legal Issues* 10 (1999) 37-60, p. 40-44. Este autor dá nota que o Defensor muitas vezes assume uma posição paternalista, preocupada com os melhores interesses, limitando-se o processo a ser uma validação de uma decisão, uma pura formalidade destituída de efeitos garantísticos dos direitos do beneficiário.

<sup>83</sup> Para um enquadramento histórico e de teoria sobre a justiça terapêutica veja-se David WEXLER. “The Development of Therapeutic Jurisprudence: From Theory to Practice”. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico* 68 (1999) 691-706.

Cf. Michael PERLIN / Eva SZELI. “Article 14: Liberty and Security of Person”. 416-417.

<sup>84</sup> Cf. Bruce WINICK, “Therapeutic Jurisprudence”, 44-45. Este autor refere a participação como meio de *decisão negociada*, ou que obtenha a adesão do beneficiário e não como imposição de uma decisão unilateral estranha ao seu destinatário e que representa a hétero-determinação de interesses (cf. *ibid.* p. 59).