



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

MÓNICA RAMOS CAMURÇA

**REGIME DO MAIOR ACOMPANHADO:
ANÁLISE CRÍTICA À PROBLEMÁTICA DOS
ATOS PESSOAIS INSTITUÍDO PELA LEI
49/2018, DE 14 DE AGOSTO**

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, orientada
pela Professora Doutora Paula Távora Vítor e apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra

Outubro de 2020



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA



Mónica Ramos Camurça

REGIME DO MAIOR ACOMPANHADO: ANÁLISE CRÍTICA À PROBLEMÁTICA
DOS ATOS PESSOAIS INSTITUÍDO PELA LEI 49/2018, DE 14 DE AGOSTO

LAW 49/2018, AUGUST 14th: CRITICAL ANALYSIS TO THE PROBLEM OF
PERSONAL ACTS

*Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, orientada pela
Professora Doutora Paula Távora Vítor e apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra*

Coimbra 2020

Resumo

Num Estado de Direito Democrático o respeito pela dignidade da pessoa humana é o seu fundamento e limite. No entanto, as pessoas com capacidade diminuída com os tradicionais regimes viam restringida a sua capacidade de exercício de direitos através de um processo estigmatizante. Por isso, surgiram movimentos nacionais e internacionais em defesa dos seus direitos, os quais culminaram em diversos diplomas legais destacando-se a Convenção de Nova Iorque de 2006 de entre diversos diplomas.

Para fazer face a estas exigências de índole social, múltiplos ordenamentos jurídicos estabeleceram regimes mais flexíveis. Em Portugal onde vigorava o - muito criticado pela doutrina – sistema da interdição e inabilitação na estreita medida em que se demonstrava demasiado rígido, surgiu recentemente a Lei 49/2018 que instaurou o regime do maior acompanhado que visa proteger sem incapacitar.

Neste contexto, os atos pessoais mereceram destaque por parte do legislador o qual pretendeu autonomizar, sem prejudicar, o beneficiário das medidas de acompanhamento.

Palavras-chave: Maior Acompanhado; Capacidade Diminuída; Interdição; Inabilitação; Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

Abstract

In a Democratic Rule of Law, respect for the dignity of the human person is its foundation and limit. However, people with reduced natural ability with traditional regimes saw their ability to exercise rights restricted through a stigmatizing process. For this reason, national and international movements arose in defense of their rights, which culminated in several legal diplomas, highlighting the New York Convention of 2006, among others.

To meet these social requirements, multiple legal systems have established more flexible regimes. In Portugal, where the - much criticized by the doctrine - system of interdiction and disabling prevailed in the narrow measure in which it was shown to be too rigid, Law 49/2018 recently emerged that introduced the regime of the largest accompanied, which aims to protect without incapacitating.

In this context, personal acts were highlighted by the legislator, who intended to make the beneficiary of the accompanying measures autonomous, without prejudice.

Key-words: Reduced natural ability; Interdiction; Disability; Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

Siglas e abreviaturas

- Ac. - Acórdão
- AR – Assembleia da República
- Art./Arts. – Artigo/Artigos
- CC – Código Civil
- CDPD – Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência
- CP- Código Penal
- Cód. - Código
- Crf. – Confira
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- CPC – Código de Processo Civil
- DL – Decreto-lei
- Ibid. – Ibidem
- i.e. – isto é
- n.º - número
- Ob. cit – Obra citada
- Pág./Págs. – página/páginas
- PR – Presidente da República
- Proc. – Processo
- séc. - século
- ss – seguintes
- STJ – Supremo Tribunal de Justiça
- TRC – Tribunal da Relação de Coimbra
- TRP – Tribunal da Relação do Porto
- Vol. - Volume

Índice	
Resumo	2
Introdução	5
Capítulo I – Breve apontamento quanto à solução anteriormente consagrada no Código Civil: a dicotomia da interdição/inabilitação	8
1.1. Regime da Interdição e Inabilitação	8
1.2. Inadequação do regime face ao contexto jurídico-constitucional, comunitário e internacional.....	12
1.2.1. A Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência.....	16
1.3. Críticas ao regime das incapacidades de maiores	20
Capítulo II – Direito Comparado: soluções legais noutros ordenamentos jurídicos	25
2.1 Itália	25
2.2. França.....	26
2.3 Espanha.....	28
2.4. Alemanha	31
Capítulo III – Portugal.....	33
3.1 O Regime do Maior Acompanhado: principais alterações	33
Capítulo IV – Análise crítica do tratamento dos atos pessoais no regime do maior acompanhado	39
Conclusão	50
Bibliografia.....	54
Jurisprudência.....	60

Introdução

A sociedade do pós Segunda Guerra Mundial é marcada pela preocupação dos Direitos Humanos. A garantia da dignidade da pessoa humana tornou-se o objetivo primordial da legislação internacional tal como podemos averiguar, a título exemplificativo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos ou a Carta Europeia de Direitos Fundamentais.

Estritamente relacionado com a dignidade da pessoa humana, está a necessidade de assegurar a igualdade de todas as pessoas, em particular as minorias que eram – e ainda são – discriminadas.

Com efeito, em Portugal o segundo maior motivo pelo qual existe discriminação é a deficiência, com 65% dos inquiridos a responderem que se trata de algo bastante comum, com uma diferença de 15% a mais do que a média europeia¹. No mesmo inquérito, 76% dos portugueses inquiridos acredita que devem ser introduzidas novas medidas para aumentar o grau de proteção de grupos em risco de discriminação.

Como é sabido, o Direito acompanha as mudanças sociais que se verificam ao longo do tempo. Nos últimos 70 anos, o mundo assistiu a uma enorme evolução na área tecnológica e deu a oportunidade de assegurar maior qualidade de vida a diversas pessoas, nomeadamente aquelas que padeciam de algum tipo de desvantagem – por exemplo, aparelhos auditivos para pessoas com dificuldades auditivas, ou cadeiras de rodas elétricas para pessoas com mobilidade reduzida. Igualmente, um avanço exponencial no campo da investigação fez com que a indústria farmacêutica estivesse diretamente relacionada com o aumento da esperança média de vida².

Assim, conjugando a preocupação pela dignidade da pessoa humana com a crescente autonomia que as pessoas com algum tipo de desvantagem conseguiram alcançar, a comunidade jurídica internacional veio aperceber-se paulatinamente que a legislação em vigor para a suposta proteção de adultos não era compaginável com esta realidade.

¹Inquérito efetuado pela Comissão Europeia acerca da Discriminação na EU em 2015. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/search/discrimination/surveyKy/2077> - acedido a 01/10/2019

² Em Portugal a esperança média de vida aumentou de 64,0 anos de idade em 1960 para 81,6 anos em 2017. Dados disponíveis em www.pordata.pt – acedido a 01/10/2019

Na verdade, diversos ordenamentos jurídicos impediam determinadas categorias de pessoas – como as que sofriam doenças do foro psicológico ou padeciam de alguma deficiência física que lhes impusesse barreiras por forma a poder participar ativamente na sociedade – de exercer a sua capacidade jurídica através de regimes protecionistas. Ademais, estes viam os direitos restringidos por forma a proteger os seus “melhores interesses”, i.e., terceiros decidiam o que seria supostamente mais adequado à pessoa sem que esta tivesse uma palavra a dizer. Pois, quanto a atos de disposição patrimonial geralmente eram substituídos pelo seu representante legal e aos atos pessoais, tais como casar, testar, ou perfilhar, eram simplesmente proibidos de o fazer, pois estes não admitem que haja representação de terceiros.

Ora, o Direito precisava de se adaptar a esta mudança de paradigma e desta urgência surgiu a primeira Convenção das Nações Unidas do séc. XXI: Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

Por conseguinte, Portugal foi um dos países que ratificou a Convenção e o Protocolo Adicional³, contudo a mudança no ordenamento jurídico tardou a chegar. Diversos foram os apelos e sugestões doutriniais pela reforma do instituto clássico da interdição e inabilitação – regime paternalista com base num modelo médico de deficiência – para que este se tornasse num instituto que desse primazia às vontades e preferências da pessoa sujeita ao regime, ou até, a criação de um novo regime de forma a eliminar o clima estigmatizante que se tinha criado ao seu redor.

Destarte, o legislador em 2018 escolheu a última opção e criou o instituto do Maior Acompanhado⁴. Este tem como objetivo a revolução no regime jurídico de proteção de adultos visto que a pessoa que irá beneficiar das medidas terá uma presunção de capacidade jurídica, i.e., ao invés do entendimento tradicional de que um interdito ou inabilitado não tem capacidade natural, portanto também não terá capacidade jurídica, agora parte-se do pressuposto que a tem e apenas necessitará de medidas de apoio para poder exercer a sua autonomia eficazmente.

³Aprovada pela Resolução da AR n.º 56/2009 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009. Disponível em www.dre.pt - acedido em 12/08/19

⁴Criado pela Lei 49/2018, de 14 de agosto - publicada em Diário da República n.º 156/2018, Série I de 2018-08-14. Disponível em www.dre.pt – acedido em 12/08/19

Deste modo, propomo-nos a analisar em particular se diversos atos pessoais até então proibidos podem agora ser realizados por estas pessoas e em que termos no nosso ordenamento jurídico.

Para o efeito, importa entender as razões pelas quais o legislador português optou por esta reforma pelo que teremos de percorrer o regime ora revogado e analisar o porquê de este não se coadunar com o paradigma atual da perspetivação da pessoa com deficiência, e, consequentemente com a Convenção, a qual impulsionou importantes alterações legislativas não só em Portugal, mas também em diversos ordenamentos jurídicos europeus, verificando assim se algum destes influenciou o nosso atual regime e que notas poderíamos transcrever para ele.

Capítulo I – Breve apontamento quanto à solução anteriormente consagrada no Código Civil: a dicotomia da interdição/inabilitação

1.1. Regime da Interdição e Inabilitação

O instituto dicotómico da interdição e inabilitação tem raízes no direito romano, no qual "[d]istinguiam-se (...) o *furiosus*, o *insanus*, o *demens* e o *mente captus*, consoante o tipo de deficiência"⁵. De modo a suprir a sua capacidade diminuída⁶, estes eram sujeitos a tutela e curatela, sendo que "o *tutor* tem um papel mais alargado, incluindo no campo pessoal"⁷. Por outro lado, os cegos e surdos-mudos - ainda que a estes últimos lhes tenha sido excluída *ab initio* a sua capacidade testamentária devido às dificuldades de comunicação, que desvaneceu com o desenvolvimento daquela, - "não surgia nenhum princípio que excluísse, em absoluto, a capacidade destas pessoas"⁸.

Para não nos alongarmos no nosso discurso⁹, o anteprojecto do Código de 1966¹⁰, elaborado por AMÉRICO CAMPOS COSTA¹¹ – após o prematuro desaparecimento de MANUEL DE ANDRADE -, inspirou-se no Código Civil italiano de 1942. No objeto em estudo, a grande novidade centrava-se no instituto da inabilitação, mais flexível, que coexistia junto do regime clássico da interdição vigente no Código de Seabra.

Nesse mesmo entendimento, o CC consagrou a secção das “incapacidades”, subdividida em menoridade – arts. 122º a 137º- interdição – arts. 138º a 151º - e inabilitação – arts. 152º a 156º. Para a melhor compreensão das “incapacidades”, faremos uma breve explanação dos conceitos de personalidade jurídica, capacidade de gozo e de exercício.

⁵ A. MENEZES CORDEIRO, “*Tratado de Direito Civil*”. 4ª ed. Vol. IV: Pessoas. Coimbra: Edições Almedina, 2016, pág. 490. Itálico original.

⁶ Expressão utilizada por PAULA TÁVORA VÍTOR no seu *A Administração do Património das pessoas com capacidade diminuída*, 2008, Coimbra: Coimbra Editora (em especial, nota 7) que também iremos adotar por forma a não utilizar expressões estigmatizantes.

⁷ *Ibidem* pág. 491. Itálico original.

⁸ *Ibid.* pág.490

⁹ Para uma explanação mais aprofundada da evolução dos regimes de proteção jurídica de maiores *vide* A. MENEZES CORDEIRO “Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores” *in Revista de Direito Civil*, nº3, Coimbra: Edições Almedina, 2018, e “Tratado...” *ob.cit.*

¹⁰ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66 de 25 de novembro. Disponível em www.dre.pt - acedido a 04/09/2019

¹¹ AMÉRICO DE CAMPOS COSTA, “Incapacidades e formas do seu suprimento/Anteprojecto do Código Civil” *in Boletim Ministério da Justiça*, nº111, Lisboa, 1961, págs. 196-231

Ora, como nos ensina CARLOS MOTA PINTO, "[a] personalidade jurídica traduz-se precisamente na aptidão para ser titular autónomo de relações jurídicas"¹², visto que esta é "uma exigência do direito ao respeito e da dignidade que se deve reconhecer a todos os indivíduos"¹³. Isto porque "o homem é pessoa – pessoa humana – que ele se reconhece como pessoa em sentido jurídico e, logo, como sujeito para o Direito. A personalidade humana é, portanto, um *príus* da personalidade jurídica do homem"¹⁴.

Portanto, na linha de pensamento de ORLANDO DE CARVALHO, "a personalidade jurídica é a projecção no Direito (no mundo do normativo jurídico) da personalidade humana"¹⁵ dos quais existem três corolários: essencialidade, indissolubilidade e ilimitabilidade.

A esta é indissociável a capacidade jurídica - ou capacidade de gozo de direitos - que se consubstancia na "aptidão para ser titular de um círculo, com mais ou menos restrições, de relações jurídicas"¹⁶.

A capacidade de gozo, contudo, difere da capacidade de exercício de direitos que se traduz na "aptidão de um sujeito jurídico para produzir efeitos de direitos por mera actuação pessoal ou, inclusivamente, através de um representante voluntário ou procurador, escolhido pelo próprio representado"¹⁷. De acordo com o art. 130º CC¹⁸, ao invés da personalidade jurídica¹⁹, esta apenas é reconhecida às pessoas que já atingiram a maioridade ou que, sendo menores, tenham sido emancipados conforme o disposto nos arts. 132º e 133º CC.

No entanto, se a personalidade jurídica é inerente a qualquer indivíduo por força do princípio da dignidade da pessoa humana²⁰, a capacidade jurídica - tanto de gozo, como de exercício de direitos - pode sofrer algumas limitações.

¹²CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pág. 193

¹³ Ibidem pág. 194

¹⁴ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pág. 190

¹⁵ Ibid. Pág. 190

¹⁶CARLOS MOTA PINTO, *Teoria...ob.cit.*. Pág. 194

¹⁷ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pág. 252

¹⁸ As normas do CC e CPC mencionadas neste ponto serão conforme a versão anterior à Lei 49/2018.

¹⁹ Artigo 66º/1 CC – "A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida."

²⁰ Consagrado na nossa Lei Fundamental no seu artigo 1º. Iremos aprofundar este artigo no ponto 3 deste capítulo.

Portanto, as incapacidades de gozo “são inaptidões para se ser titular de determinados direitos e obrigações” e implica que “não possam ser exercidas pelo incapaz e, por maioria de razão, objeto de suprimento pelo exercício de outrem”²¹. Por outro lado, as incapacidades de exercício traduzem-se em “inaptidões para, pessoalmente ou por representante voluntário, adquirir e exercitar direitos ou assumir e cumprir obrigações, que são objeto da capacidade de gozo de determinada pessoa jurídica, (...) [mas exatamente por ter capacidade de gozo], é necessário, para a sua própria continuidade substancial e desenvolvimento, que esta capacidade seja accionada por outrem”²².

Conforme explanado supra, existiam três fundamentos para a incapacidade jurídica: a menoridade, a interdição e a inabilitação. A razão desta restrição na menoridade reside na sua especial vulnerabilidade assente na sua idade e que, portanto, a sua incapacidade jurídica, conjuntamente com a incapacidade natural, é regressiva e termina ao atingir a maioridade^{23 24}.

A interdição e inabilitação, por outro lado, apenas se aplicam a quem tenha atingido a maioridade. Para que um indivíduo seja considerado como interdito ou inabilitado “[é] sempre imprescindível uma sentença que verifique os respetivos pressupostos e declare a incapacidade”²⁵, visto que esta colide com direitos fundamentais, tais como o direito à igualdade (art.13ºCRP) e o direito à capacidade civil (art.26ºCRP), e as respetivas medidas deverão ser proporcionais de acordo com os pressupostos do art.18º/2CRP.

Em primeiro lugar, podiam ser interditos os surdos-mudos, cegos e as pessoas que padeciam de uma anomalia psíquica. Estes também poderiam ser considerados inabilitados, bem como ainda os que sofriam de prodigalidade e de consumo excessivo de bebidas alcoólicas ou estupefacientes.

Portanto, por forma a distinguir os dois institutos, seria interdito aquele que, em virtude da gravidade da sua capacidade diminuída, seja incapaz de reger a sua pessoa e bens. Já aqueles cuja anomalia psíquica não ia “ao ponto de tornar o demente inapto para a prática

²¹ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Teoria... ob.cit.* pág.253

²² *Ibid.* Pág. 254

²³ ROSA CÂNDIDO MARTINS, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*, . Coimbra: Coimbra Editora, 2008; vide págs. 66-69; 117-120

²⁴ Salvo se, nos termos dos artigos 133º e 138º/2 CC, tenha sido proposta uma ação de interdição ou inabilitação no ano anterior ao menor atingir a maioridade.

²⁵ RAÚL GUICHARD ALVES, “Alguns aspectos do instituto da interdição” in “*Direito e Justiça*”, Vols. IX, Tomo II, Lisboa, 1995

de todos os negócios, ou quando os reflexos da surdez-mudez ou da cegueira sobre o discernimento do surdo-mudo ou do cego não excluem totalmente a sua aptidão para gerir os seus interesses”²⁶, seriam considerados inabilitados.

Note-se que não era bastante um estado transitório ou accidental para que a sentença fosse considerada procedente, pois “[s]ó uma anomalia psíquica (...) incapacitante, *actual, habitual ou duradoura*, pode determinar a interdição da pessoa que dela sofre”²⁷ e “o elemento perturbador teria que ser endógeno e não exógeno ao sujeito”²⁸.

Em relação ao processo propriamente dito, iremos apenas tecer algumas notas.

No que à legitimidade concerne, poderia requerer a interdição ou inabilitação, de harmonia com o art. 141º/1 CC, o cônjuge do demandado, o tutor ou curador deste, por qualquer parente sucessível ou pelo MP – excluindo o próprio interessado – sendo que o facto de um destes sujeitos “ter requerido a *interdição*, dele não obsta a que o tribunal, em face do grau de incapacidade revelado nos autos, decrete a *inabilitação*; e a inversa é igualmente verdadeira (cfr. art. 954º, nº1, do Cód. de Proc. Civil)”²⁹.

Mais, uma vez “apresentada a petição inicial o juiz determina a afixação de editais no Tribunal e na sede da Junta de Freguesia da residência do requerido (...) e manda publicar (...), anúncio num dos jornais mais lidos na respetiva circunscrição judicial”³⁰

Destacam-se ainda o interrogatório e exame pericial efetuado ao requerido que “destinam-se, assim, a apurar se o requerido está afectado de anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, que o limitam ou impedem de reger a sua pessoa e bens”³¹.

A sentença iria determinar de que incapacidades de exercício, ou até de gozo, o sujeito iria padecer e com que fundamento, tendo em conta que a limitação seria maior ou menor conforme fosse com base em anomalia psíquica ou nos restantes pressupostos. Teria, igualmente, que conter a nomeação de tutor ou curador, dependente da decisão do juiz

²⁶ ANTÓNIO PAIS DE SOUSA; CARLOS FRIAS DE OLIVEIRA MATIAS “*Da incapacidade jurídica dos Menores Interditos e Inabilitados*”, 2ª ed., Coimbra: Edições Almedina, 1983, pág. 230

²⁷ Acórdão STJ 22/01/2013 (GREGÓRIO SILVA JESUS), Proc. nº 2382/09. Disponível em www.dgsi.pt – aceso a 28/10/2019. Itálico nosso.

²⁸ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Maiores acompanhados: Primeiras notas depois da aprovação da Lei nº49/2018, de 14 de agosto*, 1ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2018, pág. 16

²⁹ A. PAIS DE SOUSA; CARLOS F. O. MATIAS, *Da incapacidade... ob. cit.*, pág. 232 (itálico original)

³⁰ ALEXANDRA CHÍCHARO DAS NEVES, “Críticas ao regime da capacidade de exercício da pessoa com deficiência mental ou intelectual - a nova concepção da pessoa com deficiência” in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, out. a nov. 2014

³¹ Ac. TRP 20/05/2013 (ANA PAULA AMORIM), Proc. 1206/11.2TJPRT.P1. Disponível em www.dgsi.pt – aceso a 28/10/2019; Cfr. Artigos 897º e 898º CPC

em decretar uma interdição ou inabilitação, respetivamente, de forma a poder suprir estas incapacidades.

Para percebermos a necessidade que o legislador português teve em substituir este regime por um mais flexível teremos que analisar o contexto sócio-económico, bem como a legislação internacional e comunitária em que esta alteração legislativa se inseriu.

1.2 Inadequação do regime face ao contexto jurídico-constitucional, comunitário e internacional

Com efeito, desde a Revolução Industrial que o mundo tem efetuado grandes avanços a nível industrial, tecnológico e, sobretudo, medicinal e farmacêutico. Assim, permitiu uma maior qualidade de vida e conseqüentemente um aumento na esperança média de vida e envelhecimento da população^{32 33}.

Note-se que “o envelhecimento não determina, por si só, a perda de autonomia ou a incapacidade, o facto é que se assiste a um aumento exponencial do número de idosos em situação de dependência, quer física quer económica, e seguramente em situação de capacidade diminuída”.³⁴

Às doenças alocadas à longevidade, tais como *Alzheimer* ou *Parkinson*, acresce ainda a doença mental “autónoma” que atualmente “apresenta-se como curável ou passível de ser compensada nos seus efeitos”³⁵, ao invés do entendimento tradicional.

Na realidade, 12% das doenças em todo o mundo são do foro mental, sendo que Portugal é o segundo país com a mais elevada prevalência de doenças psiquiátricas da Europa, uma vez que mais de um quinto dos portugueses (22,6%) sofre de uma perturbação psiquiátrica. Quanto ao grau de gravidade destas na população adulta, 4% apresenta uma perturbação grave, 11,6% uma perturbação moderada e 7,3% uma perturbação de

³²Segundo a ONU, existem projeções para que uma em cada seis pessoas no mundo tenha 65 ou mais anos em 2050 (disponível em www.population.un.org/wpp/). E em 2018, o índice de envelhecimento de Portugal era de 157,4%, um aumento exponencial comparativamente com 1961 que era apenas de 27,5% (dados disponíveis em www.pordata.pt). Sítios acedidos a 01/10/2019

³³ Mais, à data de 2011, 17,79% da população portuguesa tinha algum tipo de dificuldade, sendo que o grupo etário que se destaca é o das pessoas com 65 ou mais anos – 155% das mulheres e 42% dos homens apresentavam algum tipo de dificuldade. Dados disponíveis em www.censos.ine.pt – acedido a 02/10/2019

³⁴ MARIA CONCEIÇÃO SAMPAIO, “Regime Jurídico das Incapacidades – Novo Instituto para a proteção dos idosos” in *Revista Julgar*, dezembro 2016, pág. 3. Disponível em www.julgar.pt – acedido a 14/10/2019

³⁵ GERALDO ROCHA RIBEIRO, “A proteção do incapaz adulto no direito português”, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pág. 12

gravidade ligeira³⁶. Mais, no consumo de medicamentos associado à área de saúde mental observa-se um aumento entre 2012 e 2016 em termos de Dose Diária Definida³⁷.

Todos estes fatores sociais contribuíram para que paulatinamente fossem introduzidas mudanças no Direito, por forma a “facilitar a inserção na sociedade de quem se encontre fragilizado”³⁸.

Em Portugal, “a Revolução de 1974 inaugurou um novo espírito e empenho na resolução dos problemas sociais que assolavam o país”³⁹.

Da criação do Estado Social português surgiu a Constituição de 1976⁴⁰ assente no pilar da dignidade da pessoa humana, com base no qual, ao cidadão portador de deficiência e o idoso são assegurados diversos direitos fundamentais⁴¹.

Ora, a Lei Fundamental segue a linha da doutrina da alternativa menos restritiva⁴² - que “exige que na aplicação de uma medida de protecção a uma pessoa com capacidade diminuída, a entidade competente adopte sempre a solução menos restritiva dos direitos desta, que se adapte à situação em causa”⁴³ -, pois consagra o direito à capacidade civil (art. 26º/1 CRP), sendo que, como é sabido, qualquer restrição deste terá que obedecer ao princípio da proibição do excesso (art. 18º/2 CRP). Assim, tal limitação terá de ser “adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida)”⁴⁴

³⁶ Dados apresentados pelo Estudo Epidemiológico Nacional de Saúde Mental, da Faculdade de Ciências Médicas, Universidade Nova de Lisboa (2013). Disponível em: http://www.fcm.unl.pt/main/alldoc/galeria_imagens/Relatorio_Estudo_Saude-Mental_2.pdf – acedido a 12/09/2019

³⁷ Dados apresentados pelo Programa Nacional para a Saúde Mental – 2017. Disponível em: <https://www.dgs.pt/em-destaque/relatorio-do-programa-nacional-para-a-saude-mental-2017.aspx> – acedido a 01/10/2019

³⁸ MANUEL TOMÉ SOARES GOMES, “Da salvaguarda dos direitos fundamentais das pessoas em situação de incapacidade” in *O Doente Mental: A pessoa – A gestão de património*, I Simpósio FNAFSAM, Lisboa, 2004, pág. 56

³⁹ FERNANDO FONTES, *Pessoas com deficiência em Portugal*, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2016, pág. 59

⁴⁰ Aprovada a 2 de abril de 1976 pela Assembleia Constituinte. Disponível em www.parlamento.pt – acedido 03/09/2019

⁴¹ Para um maior desenvolvimento destes princípios em relação aos cidadãos com capacidade diminuída vide GERALDO ROCHA RIBEIRO, *A Protecção...* ob.cit., págs. 13-62; e ANTÓNIO DE ARAÚJO, “*Cidadãos portadores de deficiência (o seu lugar na Constituição da República)*”, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, págs. 101-112

⁴² Surgiu nos Estados Unidos da América, mormente no caso *Shelton v. Tucker*. Para maior desenvolvimento vide PAULA TÁVORA VÍTOR, *A Administração...* pág. 19 ss.

⁴³ PAULA TÁVORA VÍTOR, “Capacidade e incapacidades - Respostas do ordenamento jurídico português e o artigo 12º da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência” in *Revista Sociedade e Trabalho* nº39, de Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, setembro-dezembro 2009, pág.40

⁴⁴ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Edições Almedina, 2011, pág. 299

Em particular, o art. 71º CRP reafirma, por um lado, enquanto direito negativo, para os cidadãos portadores de deficiência, “um direito a não serem vítimas de uma *capitis deminutio*, não podendo ser privados de direitos, ou ver os seus direitos restringidos por motivo de deficiência, para além daquilo que seja consequência forçosa da deficiência”⁴⁵. Assim, consagra-se “uma cláusula de justificação constitucional da restrição de direitos fundamentais dos portadores de deficiência, desde que verificados os requisitos e formas previstos no artigo 18º da Constituição, nomeadamente o princípio da proporcionalidade”⁴⁶. Contudo, o referido preceito é também um direito social, que se traduz em “*imposições constitucionais de acção estadual*”⁴⁷.

Saliente-se que a revisão constitucional de 1997⁴⁸ alterou terminologicamente o conceito de “deficientes” substituindo-o por “cidadãos portadores de deficiência”, pois “procurou reiterar-se, actualizando-o, o compromisso de inclusividade firmado desde a versão originária da Constituição de 1976”⁴⁹.

A esta alteração está acoplado o abandono do modelo médico de deficiência e a respetiva passagem para um modelo social.

Ora, nas palavras de ANTÓNIO DE ARAÚJO, “o “modelo médico” tende a ver a deficiência como uma situação similar à doença, concebendo-a exclusivamente como uma *limitação funcional*, mais como um problema individual do que uma questão social, que deve ser resolvido através de medidas terapêuticas centradas no deficiente, *não existindo a necessidade de alterar nem o meio envolvente nem a sociedade em geral*”⁵⁰⁵¹.

Na década de 80 do século passado foram surgindo as primeiras críticas ao referido modelo, assentes na ideia de que a “deficiência” seria uma construção social⁵². Nas palavras de PAUL HUNT, “[d]isability is something imposed on top of our impairments,

⁴⁵ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”, Vol. I - Artigos 1º a 107º., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pág. 879. Itálico original.

⁴⁶ Ibid., pág. 880

⁴⁷ Ibid. Pág. 881. Itálico original.

⁴⁸ Lei Constitucional 1/97, de 20 de setembro. Disponível em www.dre.pt – acessado a 03/09/2019

⁴⁹ ANTÓNIO DE ARAÚJO, *Cidadãos...*, ob. cit., pág. 115

⁵⁰ Ibid., págs. 120-121. Itálico original.

⁵¹ Como podemos averiguar na Convenção da OMS de 1980 (*International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps*) através das classificações de desvantagens e deficiências sem qualquer conexão a fatores sociais. Também esta não ficou isenta de críticas e por forma a ultrapassá-las a 22 de maio de 2001 foi aprovada a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF.

⁵² Vide, por ex., COLIN BARNES e GEOFFREY MERCER, *Exploring the divide: illness and disability*, Leeds: The Disability Press, 1996; BILL HUGHES e KEVIN PETERSON, “The social model of disability and the disappearing body: towards a sociology of impairment” in *Disability & Society*, vol. XII, nº3, Essex: Taylor & Francis, junho de 1997

*by the way we are unnecessarily isolated and excluded from full participation in society.”*⁵³.

A par deste movimento aprimora-se também a ideia de que “a própria noção de “normalidade” é ilusória”⁵⁴. Por outras palavras, a vulnerabilidade é concebida como “*universal, inevitable, enduring aspect of the human condition that must be at the heart of our concept of social and state responsibility*”⁵⁵.

Esta mudança de paradigma teve repercussões em diversas áreas, designadamente no direito internacional e comunitário.

Surgiram diversos instrumentos jurídicos que contribuíram para o pensamento atual acerca da proteção de adultos com capacidade diminuída, quer seja derivado da idade ou de alguma desvantagem física ou mental, de entre os quais destacamos:

- A Resolução 46/91 da Assembleia das Nações Unidas⁵⁶ – na medida em que instituiu os Princípios das Nações Unidas para as Pessoas Idosas;

- A Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa (99), 4⁵⁷ uma vez que permitiu uma clara enumeração de princípios guiadores para os Estados-Membros relacionado com regime jurídico de proteção de adultos, tais como o respeito pelos direitos humanos (1), a flexibilização do regime (2), a preservação máxima da capacidade (3), a necessidade e subsidiariedade (nenhuma medida de proteção deve ser imposta a um adulto a não ser, tendo em conta o caso concreto, que seja necessário), bem como o respeito pelos desejos e vontades do interessado (9), entre outros;

- A Convenção de Oviedo, de 4 de abril de 1997⁵⁸, também designada por Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina, na qual merecem especial destaque os

⁵³ UPIAS, *Fundamental Principles of Disability*, London, 1975, pág. 3 (itálico nosso). Note-se que esta associação de direitos humanos, *Union of The Physically Impaired Against Segregation* (UPIAS) teve muita relevância no Reino Unido e contribuiu para o desenvolvimento do modelo social de deficiência.

⁵⁴ ANTÓNIO ARAÚJO, *Cidadãos*, ob.cit., pág. 122

⁵⁵ MARTHA FINEMAN, “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition” in *Yale Journal of Law & Feminism*, Vol. 20, nº1, Yale: Yale Law School, 2008, pág. 8 (itálico nosso)

⁵⁶ Disponível em <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/olderpersons.aspx> - acedido a 04/10/2019

⁵⁷ Disponível em http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec%2899%294E.pdf – acedido 14/10/2019

⁵⁸ Aprovada pela Resolução da AR nº1/2001 e ratificado pelo Decreto do PR nº1/2001. Disponível em www.dre.pt - acedido a 19/01/20.

artigos 6º e 7º que protegem os sujeitos que carecem de capacidade para prestar o consentimento;

- A Convenção de Haia de 13 de janeiro de 2000⁵⁹ que contém normas acerca da proteção jurídica de adultos com capacidade diminuída em matéria de direito internacional privado;

- A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em especial, os artigos 21º - relativo à não discriminação -, 25º e 26º - em relação aos direitos dos idosos e das pessoas portadoras de deficiência, respetivamente.

- A Convenção Interamericana sobre a Proteção de Direitos Humanos dos Idosos em que nos termos do artigo 1º, o objetivo é “promover, proteger e assegurar o reconhecimento e o pleno gozo e exercício, em condições de igualdade, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais do idoso, a fim de contribuir para sua plena inclusão, integração e participação na sociedade”⁶⁰

- A Resolução do Conselho de Ministros nº63/2015⁶¹ que implementou a Estratégia de Proteção ao Idoso.

Em particular, a Convenção sobre os Direitos de Pessoas com Deficiência em Nova Iorque foi uma das peças centrais para que esta mudança de paradigma pudesse ser efetuada, como iremos averiguar já a seguir.

1.2.1. A Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência

Com efeito, a CDPD adotou o modelo social de pessoa com deficiência⁶², o que se afere, desde logo, no respetivo Preâmbulo – al. e) - onde se afirma que “a deficiência resulta da interacção entre pessoas com incapacidades e barreiras comportamentais e ambientais

⁵⁹ Aprovada pela Resolução da AR nº52/2014 e retificada pelo Decreto do PR nº44/2014 (disponível em www.dre.pt). Acedido a 19/01/20.

⁶⁰ Disponível em www.ministeriopublico.pt. Acedido a 19/01/20.

⁶¹ Publicado em Diário da República n.º 165/2015, Série I de 2015-08-25. Disponível em www.dre.pt - acedido a 13/01/20.

⁶² THERESIA DEGENER vai mais além e afirma que a CDPD não adota o modelo social, mas sim um modelo de direitos humanos. Para um maior desenvolvimento, vide *A human rights model of disability*, 2014 (disponível em https://www.researchgate.net/publication/283713863_A_human_rights_model_of_disability); De facto, os modelos médico e social de deficiência não foram os únicos a existir ao longo da História. Para uma explanação breve dos modelos, para além dos referidos, de supressão, biopsicossocial, de diversidade e de direitos vd. JOAQUIM CORREIA GOMES, “Constitucionalismo, Deficiência Mental e Discapacidade: um apelo aos direitos” in *Revista Julgar*, nº29, maio-junho 2016, págs. 119-151, Disponível em www.julgar.pt – acedido a 19/01/20

que impedem a sua participação plena e efetiva na sociedade em condições de igualdade com as outras pessoas”⁶³.

Esta surgiu devido à necessidade de criação de uma convenção específica que explicitasse os princípios modeladores dos direitos das pessoas portadoras de deficiência, uma vez que os instrumentos jurídicos internacionais anteriores eram considerados insuficientes. Atente-se que estes princípios não são novidade no seio dos direitos humanos, contudo a sua aplicação a estas pessoas é considerada revolucionária⁶⁴.

Por conseguinte, a CDPD teve como objetivo primordial reconhecer que as pessoas com deficiência têm os mesmos direitos que o resto da sociedade e, sempre que possível, devem ser incluídos nas decisões que diretamente os afetem⁶⁵, como podemos atentar logo no art.1º CDPD.

Após o seu art.3º referir quais são os princípios estruturantes da Convenção, o art.4º define quais são as obrigações gerais para os Estados-Parte, sendo que estes “comprometem-se a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas com deficiência sem qualquer discriminação com base na deficiência” através de medidas legislativas e promoção de investigação e desenvolvimento de bens, serviços, equipamentos e instalações adaptadas àquelas.

De facto, como referenciámos supra, existiam diversos instrumentos jurídicos internacionais e comunitários que regulavam direitos humanos, no entanto, a CDPD obriga aos Estados-Parte a reestruturar a essência dos seus ordenamentos jurídicos no que às pessoas com deficiência concerne, pois vai além da mera provisão de legislação de não discriminação e refere-se, pela lente da desvantagem, a toda a panóplia de direitos civis, políticos, económicos e sociais⁶⁶.

⁶³ Por exemplo, no caso *Mr X v. Tanzania*, a Comissão da CDPD concluiu que o albinismo assenta no significado de deficiência, visto que este país tem um historial longo acerca de violência e discriminação contra albinos. Disponível em <https://ijrcenter.org/2017/10/03/crpd-finds-violence-based-on-albinism-discriminatory/> - acedido a 04/07/2020

⁶⁴ CHARLES O'MAHONY, “Legal capacity and detention: implications of the UN disability convention for the inspection standards of human rights monitoring bodies” in *The International Journal of Human Rights*, Vol.16, nº6, agosto 2012, pág.885

⁶⁵ HANNAH DONALDSON, “Disability, Society and International Law: The UN Disability Convention as a Catalyst for Change” in *Stirling International Journal of Postgraduate Research*, 2012, pág. 4. Disponível em: <https://spark.stir.ac.uk/> - acedido a 07/11/2019

⁶⁶ JENNIFER W. WEISS, “The Convention on the Rights of Persons With Disabilities in the Post-Lisbon European Union” in *Human Rights Brief* 19, nº2, Essex: Taylor & Francis, 2012, pág.20. Disponível em: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/hrbrief/> - acedido a 8/11/2019

O fio condutor da Convenção é o art.5º visto que reconhece o direito à igualdade e não discriminação de todas as pessoas – para além de serem já referenciados como princípios -, em particular as pessoas com deficiência, e é invocado constantemente através da repetição da expressão “em condições de igualdade com os outros” nos preceitos seguintes⁶⁷.

Estritamente ligado a este artigo está o reconhecimento igual perante a lei (art.12º), o qual deve incluir a capacidade legal por todas as pessoas com deficiência em condições de igualdade com as outras⁶⁸. O seu nº1 garante o direito ao reconhecimento perante a lei da personalidade jurídica das pessoas com deficiência e, igualmente importante, da respetiva capacidade jurídica no nº2.

A Convenção reconhece que uma pessoa poderá necessitar de apoio a exercer a sua capacidade jurídica (nº3), sem nunca, no entanto, a perder, uma vez que o paradigma da interdependência consagrado na CDPD permite que autonomia e suporte possam coexistir sem que a pessoa com deficiência seja inferiorizada ou excluída⁶⁹.

Atente-se que o apoio que o artigo menciona pode ter diversas facetas, desde o apoio para alguém que comunica de forma alternativa passar a sua palavra a terceiros; apoiar alguém no seu contacto com autoridades; e a medidas de planeamento de vida futura⁷⁰.

Assim sendo, a passagem de um modelo de substituição para um modelo de apoio de decisões tem o objetivo de manter a pessoa com deficiência como o decisor primário, reconhecendo, porém, que a sua autonomia pode ser expressa de diversas formas, e que a autonomia em si não é incompatível em ter alguém que dê apoio a outrem desde que seja a sua escolha⁷¹.

⁶⁷ THERESIA DEGENER, “Disability in a Human Rights Context” in *Laws*, 2016 5, 35, pág.15

⁶⁸ COMITÉ DE DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, “General Comment No.6 (2018) on equality and non-discrimination”. Disponível em <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/gc.aspx> - acedido a 08/11/2019

⁶⁹ AMITA DHANDA, “Constructing a new human rights lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities” in *International Journal on Human Rights*, vol.5, nº8, Essex: Taylor & Francis, págs. 47-50

⁷⁰ COUNCIL OF EUROPE – COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities*, 2012, pág.22. Disponível em: <https://book.coe.int/en/commissioner-for-human-rights/7331-pdf-who-gets-to-decide-right-to-legal-capacity-for-persons-with-intellectual-and-psychosocial-disabilities.html> - acedido a 08/11/2019

⁷¹ ROBERT DINERSTEIN, “Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making” in *Human Rights Brief*, 2012, vol.19, nº2, Pág.3. Disponível em: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/hrbrief/> - acedido a 07/11/2019

Por outras palavras, a Convenção impede que a desvantagem ou deficiência por si mesmas possam constituir exceções justificadas à presunção geral de plena capacidade jurídica por esta apregoada⁷². Por isso é que o nº4 do preceito referido garante que todas as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica devem ser “proporcionais e adaptadas às circunstâncias das pessoas, aplicam-se no período de tempo mais curto possível e estão sujeitas a um controlo periódico por uma autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial”⁷³.

De salientar ainda que o art.13º CDPD assegura o acesso efetivo à justiça das pessoas com deficiência em condições de igualdade com as outras, i.e., impõe que o ambiente do tribunal deva ser mais tolerante para com a diversidade humana e que o clima estigmatizante que aquelas sofriam deve desaparecer⁷⁴.

Apesar de todos os direitos enunciados na CDPD, somente poderemos destacar alguns. Em primeira linha, os arts. 21º e 22º CDPD asseguram a liberdade de opinião e o respeito pela vida privada das pessoas com deficiência, respetivamente, e são a base para que possam gozar de múltiplos outros direitos humanos.

Ademais, o art.23º obriga aos Estados-Parte a eliminar toda a legislação discriminatória em relação às pessoas com deficiência face a questões de casamento, procriação e paternidade, i.e., dá a oportunidade de estas pessoas exercerem as suas vontades e preferências em questões pessoais.

Como a CDPD não cria direitos novos, apenas reconhece às pessoas com deficiência direitos fundamentais já existentes, “este preceito tem como finalidade provocar uma mudança radical de representação social e legal das pessoas com deficiência, afirmando a sua capacidade de princípio para serem titulares e exercerem tais direitos”⁷⁵

⁷² PATRICIA CUENCA GÓMEZ, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española” in *REDUR* 10, dezembro 2012, pág.73-73. Disponível em: <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/redur> - acedido a 12/11/2019

⁷³ É importante referir que a tradução oficial da Convenção para a língua portuguesa padece de algumas imperfeições no seu articulado e o nº4 do art.12º tem duas gralhas que alteram o sentido do texto, pois onde se lê “asseguram” deveria ler-se “devem assegurar” e onde se lê “em relação” deveria estar “respeitam” – cfr. JOAQUIM CORREIA GOMES, “Autonomia e (In)capacidades: Passado, Presente e Futuro” in *Autonomia...* ob.cit., pág.65-66

⁷⁴ COOMARA PYANEANDEE, *International Disability Law: A Practical Approach to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, London: Routledge, Taylor & Francis Group, 2019, pág. 63

⁷⁵ ROSA CÂNDIDO MARTINS, “Artigo 23º - Respeito pelo domicílio e pela família”. in *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Comentário*, pág.215

Também proíbe a exclusão das pessoas com deficiência à participação na vida política – art.29º - podendo, assim, ter uma palavra a dizer acerca da sua vida e respetivas condições e qualidade, desde a construção de infraestruturas de acessibilidade, a apoios financeiros e/ou pessoais.

Em suma, a Convenção é o instrumento jurídico internacional mais importante que regula os direitos das pessoas com deficiência. A sua rápida elaboração e respetiva ratificação pelos Estados-Parte demonstrou que os diversos ordenamentos jurídicos já apregoavam esta mudança de paradigma para um modelo social de deficiência e conseqüente regime de apoio que respeitasse as vontades e preferências das pessoas com deficiência, ao invés do modelo médico e regime paternalista em vigor praticamente em todo o mundo já ultrapassado. Assim, enunciou diversos princípios e respetivos direitos já conhecidos na área de Direitos Humanos, tais como o direito à igualdade e não discriminação – arts. 1º e 2º DUDH - e aplicou-os às pessoas com deficiência de forma a que estes não sejam excluídos da sociedade, como eram até à sua elaboração.

Por conseguinte, esta veio demonstrar como os regimes jurídicos de proteção de maiores necessitavam de alterações legislativas urgentes para assegurar tudo o que fora conseguido em termos de direitos das pessoas com deficiência, designadamente no que concerne à primazia das suas vontades e preferências, e Portugal não foi uma exceção à regra. Na verdade, iremos analisar no ponto seguinte o porquê do regime clássico da interdição e inabilitação não estar conforme as necessidades dos tempos hodiernos.

1.3. Críticas ao regime das incapacidades de maiores

Face ao exposto supra, entendemos que o regime dicotómico da interdição e inabilitação não era compaginável com os instrumentos de direito internacional, comunitário e interno.

Efetivamente, o regime de proteção de maiores permaneceu praticamente inalterado desde 1966, pese embora, como referimos anteriormente, o conceito de deficiência esteja em constante evolução e seja acompanhado pela mudança na ciência psicofarmacológica.

Com efeito, o conceito de *anomia psíquica* como fundamento da incapacidade jurídica foi amplamente debatido⁷⁶, visto que não existia uma definição deste nos arts. 138º e 152º CC.

Neste contexto, e pese embora a enorme importância da ciência médico-psiquiátrica para a compreensão das doenças do foro mental, “não podíamos, nem devíamos ficar presos às suas categorias para determinar o que é relevante para efeitos de anomia psíquica fundadora da inabilitação e, nos casos mais graves, da interdição”⁷⁷. Coube, então, à jurisprudência a sua delimitação, referindo que “abrange não só as deficiências de intelecto, de entendimento ou discernimento, como as deficiências da vontade e da própria afectividade ou sensibilidade”⁷⁸.

Contudo, e em primeira linha, a dificuldade passava pelo facto de os processos deterem um cariz estigmatizante devido à publicidade atribuída à ação nos termos do artigo 892º CPC, não respeitando o direito à intimidade da vida privada do visado – que lhe é garantido pelos arts. 22º/2 CDPD e 26º/1 CRP -, por forma a prevalecer o interesse patrimonial de terceiros que possam ter sido prejudicados.

Ademais, no que ao regime substantivo concerne, estes institutos, direta - art. 139º CC - ou indiretamente – art. 159º CC - remetiam para o regime da menoridade. Ora, nas palavras de PAULA TÁVORA VÍTOR, “o regime de suprimento da incapacidade por menoridade está estruturado para responder a uma incapacidade evolutiva, i.e., à progressiva aquisição de capacidade, enquanto as incapacidades dos adultos não assumem, por regra, essa característica. (...) Detecta-se, aqui, portanto, que o regime legal ignora o actual entendimento da doença mental e da incapacidade”⁷⁹.

⁷⁶ A definição deste conceito também está na base da indagação colocada por diversos autores – será que os pressupostos da interdição são taxativos ou meramente exemplificativos? No sentido da sua taxatividade vide HEINRICH HÖRSTER “*A Parte Geral do Código Civil Português*”, 1ª edição. Coimbra: Almedina, 2012, págs. 333 ss.; no sentido contrário, vide A. Menezes Cordeiro in *Tratado...* ob. cit.

⁷⁷ Ibid., pág. 15. Devemos ainda atentar que ciência médico-psiquiátrica está em constante aperfeiçoamento e atualização, por isso foi aceitável que o legislador não colocasse uma definição. Neste sentido, vide Ac. STJ 19/11/15 (SILVA GONÇALVES), proc. nº 63/2000.C1.S1. Disponível em www.dgsi.pt – acedido a 17/10/2019

⁷⁸ Ac. STJ 21/07/1983 (MOREIRA DA SILVA), proc. nº 070840. Num igual sentido, vide, por exemplo: Ac. TRC 11/11/2014 (MARIA JOÃO AREIAS), proc. 63/2000. Disponível em www.dgsi.pt – acedido a 09/11/2019.

⁷⁹ PAULA TÁVORA VÍTOR, *Capacidades...* ob.cit., pág. 51. Já há algum tempo que a doutrina sugere a eliminação desta equiparação, “dado que a mesma tem implícito um certo estatuto de menoridade de pessoa incapaz, o que não corresponde à verdade, atenta a história de vida” - Vera Vaz, “O suprimento das pessoas maiores em situação de incapacidade. A experiência da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa” in *I Simpósio FNAFSAM: O Doente Mental: A Pessoa – A Gestão do Património*, 1, Lisboa, 2004, Actas, 2004, p. 91. No mesmo sentido, cfr. ALEXANDRA CHÍCHARO DAS NEVES, *O Estatuto Jurídico dos "Cidadãos*

Como estamos perante um regime funcional⁸⁰, a negação da capacidade jurídica dum pessoa é baseada na sua capacidade de entender a natureza e consequência das suas ações e se consegue pesar informações relevantes. A Comissão da CDPD afirma que este modelo tem duas falhas: é discriminatoriamente aplicado a pessoas com deficiência; presume que é capaz de aceder com precisão ao funcionamento da mente humana e quando não seja possível nega-se um direito fundamental – o do reconhecimento igual perante a lei (art.12º CDPD)⁸¹.

Visto que a República Portuguesa tem como base a dignidade da pessoa humana (art.1º CRP), este princípio-limite “está na base de concretização do princípio antrópico ou personocêntrico inerente a muitos direitos fundamentais (...) [e] alimenta materialmente o princípio da igualdade proibindo qualquer diferenciação ou qualquer pesagem de dignidades”⁸².

Este último princípio mencionado - consagrado no art.13ºCRP – abrange três dimensões: proibição de arbítrio, no qual aquilo que é igual não deve ser tratado de forma diferente arbitrariamente, assim como aquilo que é diferente não deve ser tratado como igual sem justificação; a proibição de discriminação, na qual não são legítimas as diferenciações de tratamento de determinadas categorias de pessoas; e a obrigação de diferenciação por forma a se compensar a desigualdade de oportunidades⁸³.

Na mesma linha, a Convenção, tal como analisámos, no seu art.5º apregoa a igualdade de todas as pessoas perante e nos termos da lei. Porém, o regime de proteção jurídica de maiores à data em vigor claramente restringia os direitos das pessoas com deficiência violando estes preceitos constitucionais e infra-constitucionais.

Desde logo, verificamos que os portadores de anomalia psíquica eram sujeitos a maior restrição à sua capacidade jurídica visto que se fossem declarados inabilitados ou interditos não podiam contrair matrimónio (art. 1601º/b) CC) e ainda relativamente a estes

Invisíveis". O longo Caminho para a plena cidadania das pessoas com deficiência. Lisboa: UAL, 2011 pág. 138.

⁸⁰ Existem ainda outros dois modelos que são utilizados nos ordenamentos jurídicos europeus: modelo do estatuto, i.e., só o facto de alguém ter algum tipo de deficiência faz com que perca a sua capacidade jurídica; e modelo do resultado, i.e., foca na razoabilidade da decisão tida pela pessoa, relacionado com o seu “melhor interesse” – vd. COUNCIL OF EUROPE – COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS “*Who gets to decide?* ...ob.cit., pág.13

⁸¹ COMISSÃO CDPD, “General Comment No.1 (2014) – Article 12º: Equal recognition before the law”, pág.4. Disponível em <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/gc.aspx> - acedido a 09/11/2019

⁸² GOMES CANOTILHO: VITAL MOREIRA, *Constituição...* ob.cit., págs. 202-203

⁸³ Ibid. Págs. 336-350

últimos perfilhar (art. 1850º/1 CC), ou testar (art. 2189º/b) CC). Acresce que se uma pessoa apresenta demência notória de facto, apesar de ter intervalos de lucidez, não pode casar nem perfilhar.

Ora, como pudemos averiguar, a CDPD apregoa pela capacidade jurídica da pessoa portadora de deficiência no seu conhecido artigo 12º e conseqüente direito a casar e constituir família no nº1 do artigo 23º.

Por conseguinte, no art.36º CRP é reafirmado o princípio da igualdade no direito fundamental a contrair casamento e constituir família, encarado sob dois pontos distintos. O primeiro tem duas dimensões: uma negativa – em que ninguém pode ser obrigado a casar contra a sua vontade – e uma positiva que “abrange, para além da decisão de casar ou de não casar, (...) o direito de escolha do cônjuge, sem que possam ser impostas limitações em razão da raça (...), da religião, da nacionalidade ou de quaisquer outros fatores discriminatórios constitucionalmente interditos”⁸⁴. O segundo que determina que “todas as pessoas, independentemente de contraírem ou não casamento, têm um direito fundamental a procriar”⁸⁵.

Portanto, a impossibilidade de contrair matrimónio deve ser considerada de acordo com RAÚL GUICHARD ALVES como, uma medida excessiva e injusta uma vez que “não atende à gravidade e às repercussões da alteração mental na possibilidade de assumir uma vida conjugal satisfatória (pelo menos, para a inabilitação haveria que ter encontrado uma solução diferente)”⁸⁶.

Merece igualmente destaque a restrição de capacidade eleitoral ativa aos interditos⁸⁷, medida automática que não se coadunava com a CDPD, mormente o art. 29º/a) que obriga os Estados-Parte a assegurar a participação efetiva e plena na vida política pública, inclusive o direito a votar e a ser eleito.

Pese embora o regime da inabilitação fosse dúctil⁸⁸, o da interdição assumia contornos mais rígidos. Tendo em conta que se traduzia num “modelo de substituição gerador de uma incapacidade genérica de exercício de direitos equiparada à menoridade e suprida

⁸⁴ JORGE MIRANDA; RUI MEDEIROS, “*Constituição Portuguesa Anotada*”, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pág.395

⁸⁵ *Ibid.*, pág. 399

⁸⁶ RAÚL GUICHARD ALVES, *Alguns...*, ob.cit., pág. 66

⁸⁷ Como podemos averiguar no art. 2º/a) da Lei 14/79, 16 de maio, art. 3º/2/a) do DL nº319-A/76, 3 de maio e ainda o art. 3º/a) e b) da Lei Orgânica nº1/2001.

⁸⁸ Nos termos do art. 901º CPC, o julgador teria que obrigatoriamente especificar os atos que deviam ser autorizados ou praticados pelo curador na sentença.

através da tutela, resulta clara a sua incompatibilidade com o regime jurídico preconizado pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, há muito se impondo a sua eliminação do ordenamento jurídico português”⁸⁹.

Acrescem as Observações Finais sobre o Relatório Inicial de Portugal do Comité da ONU dos Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência divulgadas em 2016⁹⁰ que aconselham a que, entre diversas recomendações de aspetos negativos, “o Estado Parte revogue os regimes existentes de tutela total e parcial, os quais eliminam ou limitam a capacidade jurídica da pessoa, e desenvolva sistemas de apoio à tomada de decisão, que permitam e promovam o exercício efectivo dos direitos das pessoas com deficiência, conforme o artigo 12.º da Convenção”⁹¹.

Destaca-se do mesmo modo a recomendação para que Portugal “harmonize o seu Código Civil de modo a garantir a todas as pessoas com deficiência o direito a casar, a exercer a custódia dos seus filhos e filhas e à adopção”.⁹²

Assim, perfilamos do pensamento de ANA SOFIA DE MAGALHÃES E CARVALHO quando afirma que havia um claro “desfasamento do Código Civil face a regras que lhe são hierarquicamente superiores, bem como a necessidade de proceder ao ajustamento do anterior regime vigente em face de um princípio da menor ingerência na esfera da pessoa com capacidade diminuída e da maximização da sua autonomia”⁹³.

Por conseguinte, o ordenamento jurídico português necessitava de se adaptar à mudança de paradigma que ainda hoje se está a viver. No entanto, não era caso único. Diversos países europeus ainda tinham influência do direito romano presente no regime de proteção jurídica de adultos e estes, tendo também ratificado a Convenção, tiveram que efetuar alterações aos seus institutos, uns eliminando por completo o regime que estava em vigor, outros adicionando um terceiro instituto como alternativa ao regime clássico. Iremos analisar com maior profundidade estas questões no ponto seguinte.

⁸⁹ MARIANA FONTES DA COSTA, *O reconhecimento da proibição do excesso como critério delimitador das medidas de acompanhamento das pessoas com deficiência*, in *Autonomia e Capacitação: os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência*, 2018, pág. 103. Disponível em <https://cije.up.pt/publicacoes/e-books/autonomia-e-capacitacao-os-desafios-dos-cidadaos-portadores-de-deficiencia/> - acedido a 05/09/2019

⁹⁰ Disponível em <http://oddh.icsp.ulisboa.pt/index.php/pt/2013-04-24-18-50-23/outras-publicacoes/item/276-recomenda%C3%A7%C3%B5es-da-onu-a-portugal-sobre-direitos-das-pessoas-com-defici%C3%Aancia> – acedido a 03/12/2019

⁹¹ Observações Finais, pág. 5, (tradução de Associação Portuguesa de Deficientes)

⁹² Observações Finais, pág. 7, (tradução de Associação Portuguesa de Deficientes)

⁹³ Ana Sofia de Magalhães e Carvalho, “Análise crítica do futuro processo judicial para “acompanhamento de maior”, in *Autonomia e Capacitação:..ob.cit.*, págs.11-12

Capítulo II – Direito Comparado: soluções legais noutros ordenamentos jurídicos

Ora, é necessário analisar os diversos ordenamentos jurídicos europeus principais que fizeram alterações aos seus regimes de proteção de maiores, pois foram influência para a construção novo regime português.

2.1 Itália

A par dos regimes da *interdizione* e *inabilitazione* – que inspiraram o regime português aquando da elaboração do Código Civil de 1966 -, foi criado pela Lei nº6/2004 o instituto da *amministrazione di sostegno* que alargou o âmbito do regime de proteção de maiores.

De facto, o ordenamento jurídico italiano não ficou indiferente às mudanças sociais que ocorrem no plano das pessoas com capacidade diminuída e pretendeu assegurar a estes uma possível autonomia residual, ou se esta não existir, uma proteção respeitosa das suas vontades e interesses.

Por conseguinte, inspirados na ideia de que nos devemos relacionar com o horizonte amplo e multifacetado da incapacidade com métodos e intenções principalmente protetivas, superando a lógica da incapacidade, o legislador italiano introduziu a *amministrazione di sostegno* com o propósito de preparar um instrumento que assegure "*con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente*"⁹⁴, onde os interesses considerados não são certamente apenas os de carácter patrimonial, mas, aliás, em primeiro lugar, os de carácter pessoal ou, poder-se-ia dizer, de carácter existencial, entre o que cai, ou mesmo está em primeiro plano, o interesse de cada indivíduo em receber cuidados adequados e de acordo com sua vontade⁹⁵.

Este instituto abrange as situações de capacidade diminuída física ou mental, que poderão ser parciais ou temporárias, e basta que a pessoa esteja impossibilitada de reger os seus interesses para beneficiar das medidas de proteção – art. 404º *Codice Civile*.

⁹⁴ Art.1º da Lei nº6/2004, de 19 de maio. Disponível em <https://www.camera.it/parlam/leggi/04006l.htm> - acedido a 07/02/2020

⁹⁵ PATRIZIA BORSELLINO, “Scelte Sulle cure e incapacità: l’amministrazione di sostegno e le direttive anticipate come strumenti di garanzia dei diritti fondamentali della persona” in *Scelte Sulle Cure e Incapacità: Dall’Amministrazione di sostegno alle direttive anticipate*, Varese: Insubria University Press 2007, Pág. 11

Assim, o juiz irá designar, nos termos do art. 405º *Codice Civile*, o administrador que poderá meramente assistir o beneficiário em determinados atos – que também serão concretamente definidos - ou mesmo representá-lo. Deve ainda indicar o prazo da medida, ou ainda inexistência deste, bem como a periodicidade com a qual o administrador terá que apresentar a atividade por ele realizada e as condições de vida pessoal e social do beneficiário.

Ora, para a escolha do administrador o juiz, em primeira linha, terá de averiguar se existe algum documento público ou particular autenticado no qual o beneficiário anteriormente à sua perda de capacidade designa o sujeito que considere mais adequado. Na ausência de tal documento, o magistrado irá ouvir pessoalmente o beneficiário por forma a dar prevalência à sua vontade e interesses.

De facto, ao longo de todo o processo a vontade e interesses do beneficiário terão que ser sempre tomadas em conta, inclusive no desempenho das funções do administrador (art. 410º *Codice Civile*). Se houver algum conflito de interesses entre ambos em relação a ato determinado, o julgador terá que intervir e adotar as medidas que considere adequadas.

Com efeito, a autodeterminação da pessoa beneficiária é tida em conta com particular relevo, visto que este mantém a sua capacidade de exercício em relação aos atos que o administrador não tem representação exclusiva, bem como poderá efetuar negócios da vida corrente – art. 409º *Codice Civile*.

Em suma, a *amministrazione di sostegno* retirou a rigidez de que os institutos tradicionais padeciam. Agora, qualquer pessoa que veja a sua capacidade diminuída física ou psiquicamente, mesmo que parcial ou temporariamente, poderá beneficiar de medidas proporcionais às suas necessidades sem ficar privado da sua capacidade de exercício.

2.2. França

A *Loi 2007-308*, de 5 de março de 2007, criou o instituto da *sauvegarde de justice* como um dos possíveis regimes de proteção jurídica de adultos, a par da *tutelle* e *curatelle* já existentes no *Code Civil*. Estes visam, segundo o art. 425º do referido preceito, beneficiar

pessoas maiores ou emancipadas com dificuldades físicas ou psíquicas “que afete a sua vontade na realização de atos da vida civil”⁹⁶.

Vigoram aqui os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade em sentido amplo pois as medidas judiciais de proteção apenas poderão ser decretadas se o mandato de proteção futura⁹⁷ for considerado insuficiente e cada medida terá que ser proporcional às capacidades das pessoas protegidas em cada caso concreto.

Ora, a *sauvegarde de justice* pode ser decretada pelo juiz tutelar⁹⁸ ou através de uma declaração médica. Esta última é efetuada “por declaração do médico assistente acompanhada de um parecer técnico de um médico especialista, dirigida ao Procurador da República”⁹⁹ (art. 434º). Poderá ainda ser decretada aquando da pendência de uma ação dos outros dois regimes como uma medida provisória (art. 433º, 2º parágrafo).

Nos termos do art. 435º, o sujeito sob a medida de *sauvegarde de justice* mantém a sua capacidade de exercício. Não obstante, o juiz poderá nomear um mandatário especial¹⁰⁰ para realizar um determinado ato ou diversos atos específicos impedindo o sujeito protegido, sob pena de nulidade, de os realizar – art. 437º - perdendo a respetiva capacidade.

Abrange apenas situações temporárias visto que a medida tem o limite temporal de um ano, renovável uma vez pelo mesmo período de tempo (art. 439º) se estiverem preenchidos os pressupostos do art. 442º. Ademais, a medida de proteção poderá cessar através de uma declaração médica enviada ao MP a afirmar que o estado de saúde da pessoa melhorou, ou o próprio MP poderá fazê-lo juntamente com uma declaração médica a justificar.

⁹⁶ GERALDO ROCHA RIBEIRO, ob. cit., pág. 315

⁹⁷ Um adulto ou menor emancipado que não tenha uma medida de proteção pode designar atempadamente uma ou mais pessoas para representá-lo aquando da perda de capacidades físicas ou psíquicas que não lhe permitam governar os seus interesses – está regulado nos arts. 477º a 494º.

⁹⁸ Tem legitimidade para instaurar a *sauvegarde de justice* aqueles mencionados no art. 430º: o próprio sujeito protegido, cônjuge, pessoa com quem celebrou um pacto de solidariedade civil, ascendentes, descendentes, pessoa com quem tenha laços estreitos e estáveis com o adulto ou o MP oficiosamente ou a pedido de terceiros.

⁹⁹ Ibid. Pág. 316

¹⁰⁰ Atente-se que a pessoa poderá anteriormente à instauração da medida ter designado *um mandat d'administration* e este será válido nos termos do art. 436º. Na ausência desta designação poderá recorrer-se às regras de gestão de negócios, sendo que o parágrafo 3º do referido artigo remete para aqueles que têm legitimidade de instaurar a tutela e curatela (art. 430º).

A par deste instituto, coexistem a curatela e tutela. A primeira apenas pode ser aplicada quando a *sauvegarde de justice* for insuficiente na proteção da pessoa com capacidade diminuída e a tutela, que é a medida mais ampla, apenas poderá ser decretada quando as mencionadas anteriormente não puderem ser aplicadas.

2.3 Espanha

No país vizinho, a personalidade jurídica bem como a respetiva capacidade jurídica adquirem-se, de acordo com o art. 30º CC espanhol, com o nascimento com vida da pessoa. Já a capacidade de exercício de direitos que se traduz na “posibilidad de poder ejercitar los derechos y deberes de los que es titular cualquier persona por el mero hecho de serlo, sólo se ve limitada en nuestro ordenamento jurídico en los supuestos de incapacitación cuando ésta es declarada judicialmente”¹⁰¹.

De acordo com o art. 322º CC espanhol, o maior de idade tem capacidade para exercer todos os atos da vida civil, salvo os casos expressamente previstos no Código, mais concretamente aqueles em que as pessoas padeçam de enfermidade ou deficiência física ou psíquica que as impeçam de se autogovernar¹⁰² (art. 200º CC espanhol).

Esta modificação da capacidade de agir apenas poderá ser efetuada através de sentença judicial (art.199º) a qual deverá conter os seguintes pressupostos: nexo causal entre a enfermidade ou deficiência e a situação de incapacidade natural; deverá ser uma situação que presumivelmente se prolongará por muito tempo; e análise da impossibilidade de autogoverno, ou seja, perceber se o sujeito tem capacidade volitiva e intelectual para efetuar negócios jurídicos.¹⁰³

Esta limitação é colmatada com um dos três institutos previstos no art. 215º CC espanhol: a tutela, curatela ou defensor judicial.

¹⁰¹ LAURA GAZQUEZ SERRANO; MARÍA DEL MAR MÉNDEZ SERRANO, “Tratamiento jurídico de la discapacidad desde la perspectiva del derecho civil” in *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, España: Comares, 2006, pág.104

¹⁰² O Tribunal Supremo, na decisão de 31 de dezembro de 1991, afirmou que se deve entender por estas enfermidades ou deficiências como “aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanente y a veces progresivo que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes”. Disponível em <https://supremo.vlex.es/vid/-203047611> - acessado a 18/07/2020.

¹⁰³ MÉNDEZ SERRANO, GÁZQUEZ SERRANO, Tratamiento... ob.cit., pág.109-110

Em relação ao primeiro instituto, tanto podem ser nomeados tutores pessoas singulares como coletivas, desde que não tenham fins lucrativos.

O art. 234ºCC espanhol estabelece uma ordem de preferência da respetiva nomeação, sendo que o predileto é a pessoa cuja preferência o próprio interessado indicou com a devida antecedência.

Esta possibilidade de a pessoa dirigir o denominado mandato preventivo surgiu na importante reforma do CC espanhol implementada pela *Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil*¹⁰⁴, alterando os arts. 223º e 224º. Esta modificação deve-se à relevância cada vez maior dada à autotutela e tem em conta a existência de doenças gradualmente degenerativas oferecendo ao futuro incapaz a possibilidade de indicar em documento público qualquer disposição acerca da sua pessoa e bens, inclusive o seu tutor¹⁰⁵, sendo que o juiz fica vinculado a esta decisão, salvo se entender que a pessoa deve beneficiar de outras medidas.

Caso não seja possível nomear nenhuma das pessoas indicadas no referido preceito ou a pessoa designada para a função não a exercer em conformidade – a chamada situação de desamparo -, o cargo de tutor é assegurado pela Entidade Pública.

A tutela é exercida em regra apenas por uma pessoa – salvo os casos mencionados no art.236ºCC – e o tutor está obrigado a zelar pelo tutelado por, nomeadamente: obrigação de alimentos; a promoção da recuperação da capacidade do tutelado e respetiva inserção na sociedade; e a informar o juiz anualmente sobre a situação daquele – art.269ºCC espanhol. Há diversos atos que necessitam de autorização judicial – art. 271º- entre os quais, o internamento do tutelado num estabelecimento de saúde mental.

Por outro lado, a curatela consiste numa mera assistência por parte do curador em relação aos atos que a sentença expressamente estabeleça, sendo que, os atos que a pessoa sujeita

¹⁰⁴ O objetivo principal deste diploma legal foi a criação de um património protegido para as pessoas com incapacidade no qual, segundo o ponto 2º do Preâmbulo do referido preceito, “*queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma*”. Disponível em www.boe.es - acedido a 02/12/2019

¹⁰⁵ JOAQUÍN MARÍA RIVERA ÁLVAREZ, “Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad” in *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº50, 2004, pág.101

a curatela efetue sem a intervenção daquele serão considerados anuláveis – cfr. arts. 286ºCC espanhol ss.

Existe ainda a figura do defensor judicial - art. 288ºCC espanhol e ss. - à qual se recorre quando exista algum conflito de interesses entre o incapacitado e o seu tutor/curador ou se estes últimos não desempenharem as suas funções e, entretanto, não se designar outra pessoa para desempenhar as suas funções.

Devemos ainda referir outra figura paralela às mencionadas supra: a guarda de facto (*guarda de hecho*) – art.303ºCCespanhol ss. –, na qual o respetivo guardião de facto “exerce as funções de guarda em benefício da pessoa presumidamente incapaz, sem ter qualquer poder sobre a mesma e sem quaisquer formalidades legais”¹⁰⁶. Portanto, aplicam-se aos casos de pessoas idosas que foram perdendo algumas das suas capacidades com o progredir da idade, que dependem da ajuda de familiares para realizar pequenos atos do quotidiano, e poderiam ter visto a sua capacidade judicial modificada, mas não recorreram aos tribunais.

Em suma, Espanha tem aspetos do seu regime de proteção jurídica de maiores nos quais vão ao encontro da Convenção¹⁰⁷¹⁰⁸, nomeadamente o regime de autotutela que permite à pessoa, ainda com capacidade volitiva e intelectual, redigir diretivas atempadamente acerca das suas vontades e preferências quando essas capacidades diminuïrem no futuro.

¹⁰⁶ JORGE GRACIA IBÁÑES, “O Direito e o dever de cuidado: elementos de direito comparado quanto ao acompanhamento de maiores” in *Autonomia...* ob.cit., pág. 84

¹⁰⁷ De notar que desde a entrada em vigor da Convenção em Espanha que paulatinamente se têm verificado alterações legislativas para a implementação do modelo social de deficiência. A Ley 26/2011, de 1 de agosto, introduziu diversas alterações a nível de proibição de discriminação de pessoas portadoras de deficiência, considerado um novo passo pela luta dos Direitos Humanos – vd. JACOBO MARTÍN FERNÁNDEZ, “Un nuevo paso en la garantía de los Derechos Humanos: La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” in *Boletín del Real Patronato sobre Discapacidad*, nº74, 2011. Ademais, a Ley Orgánica 2/2018, de 5 de dezembro, modificou o Regime Eleitoral Geral por forma a garantir o direito de sufrágio de todas as pessoas portadoras de deficiência.

¹⁰⁸ Recentemente – julho de 2020 -, após diversos autores terem interpelado para uma mudança no ordenamento jurídico espanhol – vd. Por ex., MARÍA PAZ GARCIA RUBIO, “Algunas propuestas de reforma del código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil”, in *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº3, julho-setembro 2018 -, foi aprovado em Conselho de Ministros um anteprojeto de lei que poderá reformar o regime jurídico de proteção de maiores – pois ainda resta a aprovação nas Cortes Reais. Esta reforma tem como objetivo implementar a mudança de paradigma já apregoada em 2006 pela Convenção na qual se deve respeitar as vontades e preferências do sujeito num sistema de apoio. Desta forma o legislador optou pelo instituto da curatela, mais flexível que a tutela, e pretendeu reforçar as medidas com carácter preventivo.

2.4. Alemanha

Já no ordenamento jurídico alemão, a Lei de 12 de setembro de 1990¹⁰⁹ -*Betreuungsrecht*- que criou o regime unitário da *Betreuung*¹¹⁰, substituiu, entre outras legislações, o regime da *Entmündigung* consagrado no *BGB*.

Criou, assim, “um novo instituto que garantisse flexibilidade e adaptabilidade à situação e necessidades concretas da pessoa na determinação da medida de proteção, bem como afastar a produção de efeitos automáticos de incapacidade de agir”¹¹¹.

Este instituto abrange maiores – e menores no ano anterior a atingir a sua maioridade – que devido a uma doença psíquica ou deficiência física ou mental não sejam capazes de reger os seus interesses (cfr. § 1896 | 1 *BGB*).

Na esteira dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, haverá somente nomeação judicial dum *Betreuer* “quando de todo não seja possível garantir a proteção dos interesses pessoais ou patrimoniais da pessoa que necessita de assistência e (...) os poderes daquele ficam limitados aos actos concretos que necessitem de proteção”¹¹².

Desta forma, “[p]rivilegiam-se, em primeira linha, as respostas informais, como é o caso da participação da família, do apoio social, ou da intervenção de procurador designado, sendo a escolha do *Betreuer* e a determinação dos seus poderes estabelecidos com o máximo respeito pela vontade do indivíduo”¹¹³.

Esta prerrogativa da vontade do beneficiário advém do princípio da autodeterminação, visível desde logo pelo facto de existir a possibilidade de ser o próprio a requerer a instauração da medida, sem prejuízo de o tribunal o fazer oficiosamente.

Em todo o caso, qualquer intervenção desencadeada pelo acompanhante designado – o qual, pese embora possa ser mais do que uma pessoa (§ 1899|1 *BGB*), terá

¹⁰⁹ A sua entrada em vigor foi apenas a 1 de janeiro de 1992.

¹¹⁰ O instituto de proteção jurídica de maiores alemão foi inspirado pelo regime austríaco - *Bundesgesetz über die Sachwalterschaft für behindert Personen* (SWG) - que entrou em vigor a 1 de julho de 1984, eliminando o datado regime de interdição. Todavia, a 1 de julho de 2018 a *Sachwalterschaft* foi substituída pela *Erwachsenenschutzrecht* que criou quatro diferentes tipos de proteção dos maiores com capacidade diminuída: *Vorsorgevollmacht, Gewählte Erwachsenenvertretung, Gesetzliche Erwachsenenvertretung* e *Gerichtliche Erwachsenenvertretung*.

¹¹¹ *Ibid.* Pág. 298

¹¹² ALEXANDRA CHÍCHARO DAS NEVES, *O Estatuto...ob.cit.*, pág. 90

¹¹³ GERALDO ROCHA RIBEIRO, *A Proteção... ob.cit.*, pág.302. Itálico original.

necessariamente de se tratar de pessoa singular em virtude de estar em causa a prática de atos de natureza pessoal (§ 1897|1 BGB) - que verse sobre a esfera do beneficiário, terá de compaginar com a vontade deste último, salvo nas situações em que a manifestação de vontade do visado atente ou ponha em causa a sua saúde e bem-estar (§ 1901|3 BGB).

O substrato da medida da *Betreuung* é amplo, pois abarca “não só o cuidado e representação patrimoniais (...) como igualmente o cuidado e assistência nos assuntos e esfera pessoal do adulto”¹¹⁴.

Atente-se que, apesar do decretamento desta medida não implicar a perda capacidade de agir da pessoa beneficiária, a representação justifica-se nas “situações em que, devido à sua importância e ao perigo que representam para a pessoa ou bens do acompanhado, se exige que este não possa actuar sozinho, estando sujeito ao acompanhamento do *Betreuer*”¹¹⁵ – o mecanismo designado de “reserva de consentimento” expresso no § 1903 BGB.

Todavia, este mecanismo está vedado a determinadas esferas de atuação – uma vez que carecem de aprovação judicial -, mormente as matérias relativas a atos médicos que coloquem em perigo a vida ou saúde da pessoa beneficiária da medida (§ 1904 BGB), a esterilização, segundo os pressupostos do § 1905 BGB, o internamento desta ou uma medida análoga ao internamento (§ 1906 BGB) e a cessação de contrato de arrendamento onde o beneficiário resida (§ 1907 BGB).

Em suma, os ordenamentos jurídicos que averiguámos tiveram diversas abordagens para assegurar os direitos de adultos com capacidade diminuída, desde regimes múltiplos, a regimes monistas. No próximo capítulo iremos ver por que abordagem o legislador português optou.

¹¹⁴ Ibid. Pág. 305

¹¹⁵ Ibid. Pág. 313

Capítulo III – Portugal

3.1 O Regime do Maior Acompanhado: principais alterações

Conforme demonstrado supra, para além de Portugal estar em incumprimento face à Convenção que ratificara, a doutrina maioritária apelava pela alteração do regime estigmatizante à data em vigor e, portanto, surgiram diversas propostas, de entre as quais a nº XIII/110¹¹⁶¹¹⁷ que culminou na conhecida Lei 49/2018.

Assim, a celeuma atual quanto à proteção jurídica de adultos, como afirma ANTÓNIO PINTO MONTEIRO¹¹⁸, deixa de ser “Aquele pessoa possui capacidade mental para exercer a sua capacidade jurídica?”, mas antes “Quais os tipos de apoio necessários àquela pessoa para que ela possa exercer a sua capacidade jurídica?”.

Ainda no pensamento deste autor, o acompanhamento é sintetizado como um regime que “goza de maior flexibilidade – rejeita o tudo ou nada da interdição -, respeita, sempre que possível, a vontade do beneficiário e a sua autodeterminação, limita-se ao necessário e permite ao tribunal escolher e adequar, em cada situação concreta, as medidas que melhor possam contribuir para alcançar o seu objetivo, que é, (...), o de assegurar o bem-estar, a recuperação e o pleno exercício da sua capacidade de agir”¹¹⁹.

Não só partimos de um ponto onde se assume que a pessoa tem capacidade jurídica (que vai de acordo com as linhas da Convenção), como se amplia a multiplicidade de situações que poderá abranger este novo regime jurídico. A redação atual do art.º 138º CC pretende

¹¹⁶ Baseada no estudo efetuado por MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e TEIXEIRA DE SOUSA, *Da situação jurídica do maior acompanhado...* ob. cit.. De salientar as restantes propostas por forma a alterar o regime ora em vigor ou para o substituir por completo de entre as quais se destacam as propostas entregues pelo PSD/CDS-PP e a proposta elaborada pelo Centro de Direito da Família, mais concretamente por GERALDO ROCHA RIBEIRO e PAULA TÁVORA VÍTOR – disponível em www.centrodedireitodafamilia.org – acedido a 12/09/2019

¹¹⁷ De referir que Portugal foi paulatinamente alterando o paradigma em relação ao modelo de deficiência. Salienta-se a Lei n.º 38/2004, de 18 de agosto, que implementa as bases do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação das pessoas com deficiência e o DL n.º 129/2017, de 9 de outubro, que instituiu o programa de Modelo de Apoio à Vida Independente (MAVI) que se traduz num serviço de assistência pessoal para a realização de atividades que a pessoa portadora de deficiência não consegue realizar por si mesma.

¹¹⁸ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O Código Civil Português entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro” in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 4002, ano 146.º Gestlegal, janeiro-fevereiro 2017

¹¹⁹ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Das incapacidades ao maior acompanhado – Breve apresentação da Lei 49/2018” in *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado*, Lisboa, CEJ, 2019, pág.35. Disponível em www.cej.pt - acedido a 01/09/2019

evitar “referir anomalias psíquicas, surdez-mudez e cegueira; ficam as razões de saúde, a indagar e valorar pelo Tribunal”¹²⁰.

Na mesma linha, as razões comportamentais visam não só abranger as clássicas condições de alcoolismo, toxicod dependência ou a prodigalidade, mas também, a título exemplificativo, “dependência de jogos de vídeo, na adesão a seitas ilegais com práticas perigosas para o próprio ou a radicalização político-militar”¹²¹¹²².

Segundo o art.140ºCC, o acompanhamento tem como objetivo assegurar o bem-estar do maior acompanhado e o pleno exercício de todos os seus direitos e cumprimento de todos os seus deveres. O nº2 do referido preceito consagra o princípio da subsidiariedade ao afirmar que não devem ser sentenciadas quaisquer medidas de acompanhamento se o juiz compreender que este objetivo é assegurado através dos deveres gerais de cooperação e assistência.

De salientar que um dos pressupostos do regime agora revogado que era largamente criticado na doutrina - aliás, como referimos supra no ponto 1.3 - foi removido: a habitualidade ou durabilidade.

Com efeito, sujeitos que estejam num estado comatoso ou padeçam de doenças como a esquizofrenia ou o transtorno afetivo bipolar - onde os indivíduos podem ter períodos de exacerbação, onde a capacidade de governar a sua pessoa e bens pode estar seriamente comprometida, como períodos de estabilização¹²³- hoje beneficiam de medidas de acompanhamento.

Para além disso, destaca-se a novidade do mandato com vista a acompanhamento¹²⁴ - art.156ºCC - que se traduz na elaboração antecipada de mandato para a gestão dos interesses do adulto prevendo uma eventual necessidade de acompanhamento.

¹²⁰A. MENEZES CORDEIRO, *Da situação jurídica... ob.cit*, págs. 117-118

¹²¹A. MENEZES CORDEIRO, *Ob.cit.*, págs. 117-118

¹²² No IV Inquérito Nacional ao Consumo de Substâncias Psicoativas na População Geral, pela primeira vez foi efetuada uma investigação para averiguar a percentagem de pessoas dependentes da internet. Ora, 60,4% da população utiliza a internet, sendo que 46,2% o fazem diariamente. Foi efetuado o *Internet Addiction Test* àqueles utilizadores diários e 40,9% são considerados utilizadores diários normais, 4,7% como ligeiramente dependentes, 0,5% como moderadamente dependentes e apenas 0,1% são utilizadores severamente dependentes. Disponível em: http://www.sicad.pt/PT/EstatisticaInvestigacao/EstudosConcluidos/Paginas/detalhe.aspx?itemId=181&lista=SICAD_ESTUDOS&bkUrl=/BK/EstatisticaInvestigacao/EstudosConcluidos - acedido a 03/05/2020

¹²³ SOFIA MARQUES; FERNANDO VIEIRA, “Proteção da autonomia na incapacidade - novas exigências ao regime jurídico português” in *Revista Julgar*, nº34, 2018, págs. 67-68

¹²⁴ Figura já querida no estudo desenvolvido por PAULA TÁVORA VÍTOR in *A administração...* ob.cit.

Em bom rigor, o legislador tornou as vontades e preferências do beneficiário como a prioridade a ter ao longo de todo o processo, adotando o modelo de *best wishes* preconizado na Convenção, ao invés do modelo paternalista de *best interests* patente no regime anterior.

Desde logo, de acordo com o art.º 141º CC, o acompanhamento pode ser requerido pelo próprio futuro beneficiário – uma novidade no regime em vigor, visto que no instituto clássico não havia esta possibilidade¹²⁵. De igual modo, o seu cônjuge, unido de facto, ou quaisquer parentes sucessíveis o podem requerer, no entanto, estes necessitam da autorização daquele, sendo que apenas em caso de o beneficiário não ter a possibilidade de o autorizar livre e conscientemente, o tribunal poderá suprir a autorização. Assim sendo, pese embora seja privilegiada a vontade do beneficiário, em *ultima ratio* há ainda “uma válvula de escape do sistema” possibilitando que o acompanhamento seja requerido sem o sujeito mas no seu “melhor interesse”.

A audição do beneficiário no processo foi reintroduzida no regime em vigor. Esta é obrigatória e o juiz terá de o fazer de forma “pessoal e direta”¹²⁶, dirigindo-se ao local onde aquele se encontrar, se necessário, segundo o nº2 do art.º 897º CPC.

Esta é uma novidade que traz vantagens para o beneficiário, pois somente através da audição “(...) poderá o juiz compreender efectivamente o contexto vivencial daquele, nomeadamente no que concerne à densidade da sua (in)capacidade para prática de actos e, por conseguinte, apenas dessa forma poderá aproveitar na plenitude a maleabilidade que a lei lhe confere no que tange a fixar as medidas de acompanhamento, personalizando-as à medida da situação do destinatário”¹²⁷.

Na mesma linha, dita o artigo 143º/1 CC que o acompanhante¹²⁸ é escolhido pelo acompanhado ou pelo seu representante legal. Deste modo se consagra o princípio da

¹²⁵ O acompanhamento, tal como no regime anterior, pode ser requerido no ano anterior ao menor atingir a maioridade para haver a possibilidade de produzir efeitos assim que este a atinja – cfr. art.142ºCC

¹²⁶ De notar que foi uma sugestão feita pelo Conselho Superior de Magistratura no parecer efetuado para a proposta de lei por forma a evitar um mero chamamento aos autos – pág.33. Parecer disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=42175> – acedido a 12/09/2019

¹²⁷ MARIA INÊS COSTA, “A audição do beneficiário no regime jurídico do maior acompanhado: notas e perspetivas”, in *Revista Julgar*, julho de 2020, pág.10. Disponível em www.julgar.pt – acedido a 01/08/2020

¹²⁸ Ou acompanhantes, isto é, o novo instituto prevê a possibilidade de serem designados vários acompanhantes com funções variadas – cfr. nº3 do art.143º.

autonomia do visado¹²⁹, uma vez que, apenas necessita da designação judicial que “visa assegurar a idoneidade do acompanhante no desempenho das competências que lhe são atribuídas”¹³⁰. O nº2 do referido preceito contém uma lista não taxativa de sujeitos passíveis de desempenhar as funções de acompanhante, no entanto, “[o] carácter aberto da norma não exclui que exista uma tendencial hierarquização do elenco que deve iluminar a decisão judicial, uma vez que as várias alíneas parecem estar ordenadas segundo um critério de proximidade relativamente ao beneficiário”¹³¹.

Contudo, é de notar que na falta de escolha o tribunal designa como acompanhante a pessoa que melhor salvguarde o “interesse imperioso do beneficiário, ou seja, o legislador adota o modelo de *best interests*, apesar de apregoar a adoção de um modelo de *best wishes*.

Quanto ao âmbito do acompanhamento, no art. 145º verifica-se que o princípio da necessidade limita a atuação do acompanhante - está em conformidade com a exigência proclamada constitucionalmente acerca da restrição de direitos fundamentais (artigo 18º/2 CRP) e também do nº4 do art.12º CDPD. O nº2 fornece uma lista que pela exigência do princípio da proporcionalidade, em conformidade com a doutrina da alternativa menos restritiva, deve ser reordenada quanto à prioridade a ser dada aos diferentes regimes, visto que a al.e) deve ser o núcleo essencial do instituto, pois é nela que incluímos os deveres de cuidado.¹³²

Duas notas devem ser tecidas acerca desta lista. Em primeiro lugar, as als. b) e c) consagram um modelo de substituição, de difícil compatibilização com a lógica apregoada na proposta de lei. Portanto, estes devem ser apenas atribuídos em situações-limite.

Em segundo lugar, a al. a) que possibilita o exercício das responsabilidades parentais gera alguma confusão, pois apesar da remissão para o art. 125º CC existente no anterior regime ter desaparecido¹³³ o âmbito do acompanhamento pode tratar o adulto como um menor.

¹²⁹ De referir que GERALDO ROCHA RIBEIRO já defendia a possibilidade da pessoa sujeita ao regime de proteção de maiores escolher -cfr. *A proteção...*ob.cit., pág.1162

¹³⁰ MARIANA FONTES DA COSTA, “*O reconhecimento da proibição do excesso como critério delimitador das medidas de acompanhamento das pessoas com deficiência*” in *Autonomia e Capacitação...* ob.cit., pág.113

¹³¹ PAULA TÁVORA VÍTOR, *Código Civil Anotado*, coord. Ana Prata, Coimbra: Edições Almedina, 2019,- pág. 179

¹³² PAULA TÁVORA VÍTOR, *Código ...*Ob.cit., pág.183

¹³³ E bem, como vimos supra, pois era um dos pontos mais criticados pela doutrina portuguesa.

É sabido que “[o]s institutos das responsabilidades parentais e da tutela têm um conteúdo e finalidades próprios e centram-se no superior interesse de um outro sujeito, a criança ou jovem, e a atribuição do seu exercício deve ser levada a cabo em sede própria de avaliação dos interesses destes últimos”¹³⁴.

No seguimento desta referência ao regime da menoridade, também o artigo 146º CC que traça a forma de atuação do acompanhante – privilegiando o bem-estar e recuperação do beneficiário – refere a um padrão de comportamento de um “bom pai de família”. Mais uma vez, aparenta “apontar para uma bitola de natureza objetiva, identificada com o melhor interesse e alheia às manifestações de autonomia do beneficiário”¹³⁵.

No entanto, o nº2 do referido preceito consagra um dever de contato permanente com o acompanhado, sendo que o acompanhante deve visitar o beneficiário, no mínimo, com uma periodicidade mensal, ou outra que o tribunal considere mais adequada.

O legislador também impôs no art. 155º CC uma periodicidade relativamente à revisão das medidas de acompanhamento. Este preceito vai ao encontro do nº3 do art.12º CDPD que dita que as medidas de proteção jurídica de maiores “aplicam-se no período de tempo mais curto possível e estão sujeitas a um controlo periódico por uma autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial”. Assim, o tribunal avalia a necessidade e adequação das medidas impostas ao acompanhado no período mínimo de cinco anos.

De salientar ainda que, de acordo com o art.146º CC, há possibilidade do próprio beneficiário ou qualquer das pessoas enumeradas no nº1 do art.141º CC pedirem ao tribunal a modificação ou a cessação do acompanhamento a qualquer momento -cfr. art.904º CPC.

Tal como ocorria no instituto ora revogado, pode ocorrer que o acompanhado pratique atos que violem as medidas de acompanhamento e há que distinguir três situações – cfr. art.154ºCC. Primeiro, se estes forem efetuados após o decretamento do acompanhamento os atos serão anuláveis - al. a) do nº1 do referido preceito. Também serão anuláveis aqueles atos efetuadas após o início do processo, mas apenas se o acompanhamento vier a ser decretado e se tais atos forem prejudiciais para o acompanhado¹³⁶ – al. b) do nº1 do

¹³⁴ PAULA TÁVORA VÍTOR, “*Os novos regimes de proteção das pessoas com capacidade diminuída*” in *Autonomia...* ob.cit., pág.142

¹³⁵ PAULA TÁVORA VÍTOR, *Código...* ob.cit., pág.187

¹³⁶ Note-se que “o requisito do prejuízo deve reportar-se ao momento da prática do acto e não ao momento da decisão” – ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, in *Das incapacidades...* ob.cit., pág. 36

mesmo artigo. Por último, se forem praticados antes do início do processo deve-se aplicar, de acordo com o nº3 do mesmo preceito, o regime da incapacidade acidental – cfr. art.127ºCC.

Capítulo IV – Análise crítica do tratamento dos atos pessoais no regime do maior acompanhado

O art. 147º/1 CC afirma que “[o] exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário”. Como já referimos anteriormente, iremos apenas focar-nos acerca dos atos pessoais¹³⁷.

Ora, o nº2 do referido preceito enumera alguns destes atos: casar ou de constituir situações de união, de procriar, de perfilhar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados¹³⁸, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar.

Sabe-se que esta lista não é exaustiva devido à expressão “entre outros” e “[e]m rigor, todos os direitos de personalidade podem ser qualificados como direitos pessoais, o que significa que, por norma, a limitação voluntária destes direitos pode ser exercido livremente pelo acompanhado, exceto se a decisão judicial decretar o contrário ou a lei dispuser de outro modo”¹³⁹.

Antes de mais, importa analisar o que significam estes direitos de personalidade. Como a personalidade jurídica é ilimitável, exige-se a sua proteção absoluta. A tutela da personalidade é imprescindível para que cada individuo seja verdadeiramente uma pessoa e para isso é necessário garantir-lhe condições essenciais através dos direitos de personalidade¹⁴⁰.

¹³⁷ Ademais, apesar de não aprofundarmos a questão dos negócios da vida corrente, partilhamos do pensamento de HENRICH HÖRSTER, no qual “[a] inserção no mesmo preceito (...) de matérias tão díspares como o exercício de direitos pessoais, inclusive a celebração de negócios estritamente pessoais, e a prática de negócios da vida corrente do acompanhado não tem lógica sistemática e é má técnica legislativa” – vide. “A Parte Geral do Código Civil”, 2ª edição, Coimbra: Edições Almedina, 2019, pág.384 (nota de rodapé nº501)

¹³⁸ Apesar de se compreender naturalmente a distinção entre a perfilhação e adoção, já não entendemos a distinção que o legislador fez entre filhos e adotados, quando na verdade não deveria ter ocorrido. Como é sabido, segundo o art. 1986º CC, “o adotado adquire a situação de filho do adotante e integra-se com os seus descendentes na família deste”. Note-se que o MP no seu parecer apontou para esta redação descuidada e sugeriu a eliminação da referência a adotados do projeto de lei, porém optou-se por manter esta nomenclatura. Parecer disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=42175> – acedido a 12/09/2019

¹³⁹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Majores acompanhados...”, ob.cit., pág. 65

¹⁴⁰ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria...* ob.cit., pág. 232

Por conseguinte, o nosso CC consagra uma tutela geral de personalidade no art.70º que “protege, desde logo, os bens de personalidade ligados à relação do homem consigo mesmo” e “igualmente integrantes daquela cláusula geral, decorrentes da relação do homem com o seu próprio ambiente físico e social (ou seja, o seu *habitat*), como a identidade, a liberdade, a igualdade, a existência e a segurança, a honra, a reserva e o desenvolvimento de personalidade”¹⁴¹.

Para além do direito geral de personalidade, ORLANDO DE CARVALHO, considerava os seguintes direitos como especiais de personalidade: “direito à vida, direito à integridade física (compreendendo liberdades físicas e morais), direito à liberdade, positiva e negativa, direito à inviolabilidade pessoal (onde distinguia uma projecção física: direito à imagem, e direito à palavra; uma projecção vital: direito ao carácter, direito à história pessoal, direito à intimidade da vida privada e direito à verdade profunda; e uma projecção moral: direito à honra), direito à identidade pessoal (direito aos meios de identificação pessoal e direito à verdade pessoal) e direito à criação pessoal (abrangendo o direito moral de autor)”¹⁴².

De facto, o nosso legislador consagrou expressamente diversos direitos especiais de personalidade, mormente nos arts. 72º a 80ºCC.

Igualmente, a nossa Lei Fundamental reconhece diversos direitos especiais de personalidade, designadamente os arts. 13º, 20º/2, 24º a 27º, 34º a 38º, 41º a 48º, 51º, 61º e 62º e como estes preceitos “nos termos do art.18º, nº1, da Constituição, são diretamente aplicáveis, não apenas nas relações entre os particulares e o Estado munido de *ius imperii*, mas também nas relações entre particulares e entre estes e o Estado destituído do seu poder soberano. Pelo que, aquelas normas constitucionais, ao regularem, especificamente e com direitos civis, aspectos parcelares básicos da personalidade, acabam também por funcionar, mediatamente, num certo sentido, como *leges speciales* relativamente ao direito geral de personalidade”¹⁴³.

Destacamos o art. 26º CRP no qual consagra nove direitos de personalidade distintos: identidade pessoal, desenvolvimento de personalidade, capacidade civil, cidadania, bom nome e reputação, imagem, à palavra, reserva da intimidade da vida privada e familiar e

¹⁴¹ RABINADRATH CAPELO DE SOUSA, *Teoria...* ob.cit. págs.55 e 56

¹⁴² ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria...* ob.cit., pág.207, nota de rodapé xlv

¹⁴³ Ibid. Pág. 558

proteção legal contra quaisquer formas de discriminação. Claro que “[n]ão é por acaso que este preceito surge imediatamente a seguir ao direito à vida e ao direito à integridade pessoal (arts. 24º e 25º) e que a sua epígrafe refere “outros direitos pessoais”, o que quer dizer: outros, além da vida e da integridade pessoal, mas integrantes da mesma categoria específica”¹⁴⁴.

Em especial, o direito à capacidade civil (nºs 1 e 4 do art.26º) “consiste essencialmente no direito a ser *pessoa jurídica*, sujeito de relações jurídicas”¹⁴⁵. A sua restrição é admissível constitucionalmente apenas nos casos previstos na lei e nos seus termos (não olvidando dos requisitos gerais do art.18º2 CRP), portanto é proibido: “a privação ou restrição originária da capacidade civil; a privação total ou “morte civil”, a *capitis diminutio* arbitrária”¹⁴⁶.

Como vimos supra no ponto 1.3, o regime clássico de proteção de maiores impedia os interditos e inabilitados por anomalia psíquica de exercer diversos destes direitos pessoais. Mas será que com a reforma legislativa atual aqueles que padecem de alguma doença do foro psíquico os poderá efetivamente exercer?

Em primeiro lugar, se o objetivo primordial do legislador, como podemos averiguar no Projeto de Lei,¹⁴⁷ era reformar o instituto jurídico de proteção de maiores por forma a que ficasse em conformidade com a CDPD esta norma deve ser considerada como desnecessária. Pois, “[n]a verdade, a regra é sempre a da capacidade quando tratamos de maiores de dezoito anos (art.130.º), quer neste âmbito, quer noutros âmbitos. Daí que a consagração de um núcleo mínimo de capacidade não pareça dever ter relevância autónoma, face a um sistema que se anuncia não restritivo da capacidade”¹⁴⁸.

Por outro lado, apesar do legislador tentar seguir as diretrizes da Convenção e ter optado “por um modelo de acompanhamento e não de substituição, em que a pessoa incapaz é simplesmente apoiada, e não substituída, na formação e exteriorização da sua vontade”¹⁴⁹,

¹⁴⁴ GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição...* ob.cit., pág.461

¹⁴⁵ Ibid., pág. 465

¹⁴⁶ Ibid. pág. 465

¹⁴⁷Vide pág. 3 Projeto de lei nº110/XII. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=42175> – acedido a 12/09/2019

¹⁴⁸ PAULA TÁVORA VÍTOR, *Código...* ob.cit., pág.188

¹⁴⁹ Projeto de Lei nº110/XII

a segunda parte do nº1 do art.147º admite a restrição do exercício de negócios de vida corrente e de direitos pessoais.

Claro que compreendemos que existem casos-limite em que há dificuldade em entender o alcance da compreensão e vontade do maior acompanhado e por isso o legislador optou por restringir o exercício destes direitos através de decisão judicial. Contudo, “quando em causa estão direitos que mais não são manifestações da própria personalidade, não tem qualquer sentido útil o reconhecimento da idoneidade para a sua titularidade (capacidade jurídica) desacompanhado do reconhecimento da aptidão para os exercer (capacidade de agir)”¹⁵⁰.

Para além disso, esta solução legal não parece favorecer a *praxis* judiciária, pois “implica que o juiz tenha de se pronunciar especificamente sobre todos os casos em que o beneficiário não possa exercer direitos pessoais. Ora, tal previsão pode ser demasiado difícil e, como a regra é a da capacidade, caso o juiz nada diga, seja por esquecimento ou seja por não se verificar nenhuma situação no momento que exija decisão, o beneficiário poderá ver-se na posição de não conseguir exercer de facto alguns dos direitos para os quais possui capacidade à luz do Direito.”¹⁵¹

Acresce que “[a] opção de definir “direitos pessoais” é, em si própria, uma má opção (...). Contudo, neste caso a opção é ainda mais criticável pelo conteúdo dos vários casos de “direitos pessoais” que não têm natureza de direitos pessoais, aumentando ainda mais inutilidade e perigosidade no artigo 147º do Código Civil (...), [pois] são o resultado de recorrer uma terminologia destinada a satisfazer o ónus da prova da República Portuguesa de respeito pela Convenção das Nações Unidas (...). Assim, em vez de o legislador estar preocupado em proteger determinadas pessoas, do melhor modo possível, opta por recorrer a uma terminologia perigosa para estas pessoas.”¹⁵²

Na verdade, há figuras que são destacadas que não correspondem a situações jurídicas puramente pessoais. Por exemplo, “o casamento é na sua pura essência uma situação

¹⁵⁰ROSA CÂNDIDO MARTINS, “Acompanhamento e negócios fora do ‘comércio jurídico’” in Colóquio – O Novo Regime do Maior Acompanhado, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, pág. 299

¹⁵¹ SÓNIA MOREIRA, “A reforma do regime das incapacidades: o maior acompanhado” in *Temas de Direito e Bioética Vol.I – Novas Questões do Direito da Saúde*, Pág.241. Disponível em: <https://www.jusgov.uminho.pt/pt-pt/publicacoes/direito-e-bioetica-vol1-pt/> - acedido a 28/05/2020

¹⁵² PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Maior acompanhado, “direitos pessoais” e negócios da vida corrente”, in *Direitos das Pessoas com Deficiência*, CEJ pág.136. Disponível em www.cej.pt – acedido a 17/04/2020

caracteristicamente pessoal, mas na sua realidade prática é uma figura patrimonial.”¹⁵³, pois, segundo o próprio preceito – art.1577ºCC – traduz-se num negócio jurídico no qual o consentimento de ambos os nubentes faz o casamento – não há casamento válido sem vontade de casar e sem que essa vontade tenha sido manifestada¹⁵⁴. Consequentemente, a parte mais relevante deste negócio jurídico é a patrimonial devido aos seus regimes de bens, dívidas dos cônjuges, administração de bens, entre outros. No entanto, apesar de ter esta vertente patrimonial, o problema que se impõe aqui consiste em saber se o acompanhado poderá viver com o cônjuge ou com alguém numa condição análoga a este – a chamada união de facto – e aí já se torna numa questão pessoal.

Por conseguinte, o art.1601º/b) CC atualmente refere que são impedimentos dirimentes absolutos¹⁵⁵ as pessoas cuja demência for notória, mesmo durante os intervalos lúcidos, e a decisão de acompanhamento quando a sentença o determine. Isto significa que com a alteração que foi efetuada ao preceito não é necessário que a pessoa seja interdita ou inabilitada por anomalia psíquica para ver restrito o direito a celebrar casamento (o que ocorria no anterior regime), mas basta uma sentença de acompanhamento no qual o juiz entenda que aquela pessoa não deve ter o direito a casar derivado de diversas circunstâncias, ou seja, alargou o espectro de pessoas que pode ver o seu direito a casar restringido – o efeito oposto da Convenção.

Concordamos com ROSA CÂNDIDO MARTINS quando afirma que “o legislador não foi inteiramente congruente com a ideia da concessão da capacidade de exercício no âmbito dos actos pessoais até onde fosse possível, enquanto expressão do direito à autodeterminação. Na verdade, a previsão da limitação do exercício do direito fundamental a celebrar casamento por sentença judicial que decreta a medida do acompanhamento não é suscetível de atingir aquele objetivo. A sentença que decreta o acompanhamento não pode senão formular um juízo apriorístico sobre a específica capacidade de exercício do direito a celebrar casamento”¹⁵⁶

¹⁵³Ibid. pág 139

¹⁵⁴ PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, “*Curso de Direito da Família*”, 5ª edição, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pág. 261

¹⁵⁵ Os impedimentos dirimentes absolutos “são verdadeiras incapacidades, filiam-se numa qualidade (ou numa deficiência) da pessoa e impedem-na de casar seja com quem for” – PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso...* ob.cit. pág. 293

¹⁵⁶ ROSA CÂNDIDO MARTINS, “Acompanhamento e negócios fora do ‘comércio jurídico’”, in *Colóquio – O Novo Regime do Maior Acompanhado*, Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, págs. 304-305

De igual modo, de acordo com a atual redação do art.2º/b) Lei nº7/2001, de 11 de maio, de proteção das uniões de facto, é ainda “condição de ineficácia a da união de facto a situação de acompanhamento quando a sentença de acompanhamento o determinar”¹⁵⁷. Ora, segundo o art.23º CDPD, as pessoas com deficiência têm direito a constituir família, bem como a própria CRP defende esse direito no seu art.36º, e, apesar do legislador ter alterado este preceito, continua a existir restrição deste direito fundamental – somente mudou a forma como esta restrição poderá ser feita.

No mesmo sentido, podemos referir o direito a testar, visto que este” não é um “direito pessoal” ligado aos bens de personalidade, mas antes de um “direito pessoal” porquanto apenas permite o exercício pela própria pessoa, não admitindo representação”¹⁵⁸. O art.2189º CC afirma que são incapazes de testar os maiores acompanhados, nos casos em que a sentença assim o determine com a consequência de o testamento ser nulo de acordo com o art.2190ºCC. Acresce ainda que os arts.4º e 11º da Lei nº25/2012, de 16 de julho¹⁵⁹, impedem que as pessoas acompanhadas possam redigir uma diretiva antecipada de vontade ou nomear um procurador de cuidados de saúde se na sentença de acompanhamento lhes for vedado o direito a testar.

Portanto, partilhamos do pensamento de GERALDO ROCHA RIBEIRO quando afirma que o legislador não compreendeu o art.12º/2 e 3 CDPD, pois “[n]ão só prevê a possibilidade de restringir *ex ante* a aptidão para uma disposição mortis causa, como acopla um efeito legal automático de incapacidade jurídica de gozo para outorgar um testamento vital”¹⁶⁰. Tal como era apregoado na CDPD, a pessoa com capacidade diminuída tem direito a poder escolher a pessoa que a ajude se a sua situação piorar, pois as vontades e interesses desta devem ter primazia. Claramente que “chocam o princípio da subsidiariedade atinente ao afastamento de instrumentos voluntários e o da

¹⁵⁷ ROSA CÂNDIDO MARTINS, *Artigo 23º... ob.cit.*, pág.217

¹⁵⁸ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “*Maior acompanhado, “direitos pessoais” e negócios da vida corrente*”, in Direitos das Pessoas com Deficiência, CEJ pág.141. Disponível em www.cej.pt – acedido a 17/04/2020

¹⁵⁹ De notar que, apesar do legislador ter feito uma remissão geral no art.23º da Lei 49/2018 – “Todas as referências legais a incapacidades por interdição ou por inabilitação, que não tenham sido expressamente alteradas pela presente lei, são havidas como remissões para o regime do maior acompanhado, com as necessárias adaptações” – não se compreende como é que um diploma tão essencial ao sujeito com capacidade diminuída não tenha tido alteração expressa.

¹⁶⁰ GERALDO ROCHA RIBEIRO, *O instituto... ob.cit.* pág.46.

proporcionalidade, no que tange ao juízo de adequação e necessidade entre o instrumento de salvaguarda e a recusa de efeitos à vontade manifestada pelo beneficiário”¹⁶¹.

Mais, o art.1850º/1 CC afirma que “têm capacidade para perfilhar os indivíduos com mais de 16 anos, se não forem maiores acompanhados com restrições ao exercício de direitos pessoais, nem forem afetados por perturbação mental notória”. Portanto, aqui o legislador poderia, apesar da limitação ao direito a perfilhar, ter apenas referido a limitação na sentença deste direito em específico e não uma restrição geral, por isso deve-se “depor a favor de uma interpretação restritiva desta norma, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e ao respeito pelo princípio da dignidade humana”¹⁶².

Note-se que é compreensível a escolha do legislador pela decisão judicial como forma de justificar a restrição destes direitos fundamentais, pois o juiz irá efetuá-la de modo necessário, adequado e proporcional. No entanto, “a decisão judicial que decretar o acompanhamento, ao restringir o exercício de um direito pessoal, formulará também um juízo apriorístico e não um juízo concreto e actual, atentando às singularidades de cada caso.”¹⁶³

Por conseguinte, o legislador poderia ter optado por soluções mais adequadas que avaliem casuisticamente a capacidade do maior acompanhado de exercer estes direitos. Mormente, de acordo com sugestões efetuadas por ROSA CÂNDIDO MARTINS, no caso de celebração de casamento ou de perfilhação poderia ser avaliada a sua capacidade pelo Conservador do Registo Civil, no processo preliminar de casamento ou perante quem é efetuada a declaração da perfilhação, respetivamente, com a possibilidade de homologação judicial; ou no direito a testar, o maior acompanhado poderia ver a sua capacidade avaliada pelo notário¹⁶⁴.

O exercício das responsabilidades parentais também continua vedado a quem na sentença de acompanhamento tenha restringido este direito – art. 1913º/1/b) CC. No entanto, “[a]s situações de inibição das responsabilidades parentais com base na deficiência dos pais não são aceites pela CDPD (artigo 23.º, n.º 2, 2.ª parte), por consubstanciarem uma

¹⁶¹ Ibid. pág.47

¹⁶² PAULA TÁVORA VÍTOR, *Código...* ob.cit., pág.190

¹⁶³ ROSA CÂNDIDO MARTINS, *Acompanhamento...* ob.cit., pág.312

¹⁶⁴ Ibid., págs. 305, 308 e 310

discriminação com base na deficiência expressamente proibida com base no referido preceito”¹⁶⁵.

Note-se que a única alteração que o legislador efetua no âmbito do “direito a procriar” no foi na Lei da Procriação Medicamente Assistida¹⁶⁶, na qual o seu art.6º/2 veda a possibilidade de acesso a técnicas de procriação medicamente assistida se a sentença de acompanhamento assim o determine.

Podemos averiguar que “[e]stamos, na verdade, diante de situações em que os atos não podem ser concluídos por outra pessoa em nome do titular do direito, nem por este com autorização de um terceiro. No fundo, não há forma de suprimento da incapacidade”¹⁶⁷.

Apesar da lista do nº2 ser exemplificativa, é com alguma estranheza que vemos a ausência de alguns direitos pessoais que mereciam ter destaque.

Por exemplo, como vimos supra, o direito à reserva à intimidade privada e autodeterminação informacional é considerado um direito de personalidade fundamental que a própria Convenção deu destaque no seu art.22º.

O Regulamento (EU) 2016/679 (RGPD)¹⁶⁸ no seu art.6º admite que o tratamento de dados pessoais é lícito se o seu titular tiver consentido, porém, também admite que é igualmente lícito se o mesmo for necessário para salvaguardar os interesses legítimos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros.

Como o diploma é omissivo quanto ao tratamento de dados pessoais, concordamos com GERALDO ROCHA RIBEIRO quando este afirma que a “delimitação das atribuições do acompanhante (...) deve ser restritiva e garantística, pelo que a possibilidade de acesso a códigos de acesso, passwords de correio eletrónico, correspondência, dados clínicos, deve ser ponderada na sentença e expressamente prevista a competência do acompanhante. Na ausência de previsão de ver ser recusado o poder do acompanhante, salvo em situações que configurem uma condição sine qua non de exercício das suas responsabilidades”¹⁶⁹.

¹⁶⁵ ROSA CÂNDIDO MARTINS, *Artigo 23º...ob.cit.*, pág. 219

¹⁶⁶ Lei nº32/2006, de 26 de julho

¹⁶⁷ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Maiiores... ob.cit.* pág.67

¹⁶⁸ Regulamento – cuja Lei 58/2019, de 8 de agosto, assegurou a sua execução no ordenamento jurídico português - que revogou a Diretiva n.º 95/46/CE que tinha sido transposta pela Lei nº67/98, de 26 de outubro.

¹⁶⁹ GERALDO ROCHA RIBEIRO, *O instituto...ob.cit.*, pág.56

Ademais, o direito de participação na vida pública, que está consagrado no art.48ºCRP como um dos direitos de personalidade especiais referidos supra, não está mencionado nesta lista. O art.29º CDPD consagra o direito de participação na vida política e pública, garantindo às pessoas com deficiência o direito de votar e de serem eleitas.

No entanto, a Lei Orgânica nº3/2018, de 17 de agosto, apesar de ter revogado a alínea que consagrava incapacidade eleitoral dos interditos por anomalia psíquica tanto na Lei Eleitoral do Presidente da República, como a Lei Eleitoral da Assembleia da República, a Lei que regula a eleição dos titulares dos órgãos das autarquias locais e ainda o regime jurídico dos referendos locais, afirma-se em todas que têm incapacidade eleitoral: “[o]s que notoriamente apresentem limitação ou alteração grave das funções mentais, ainda que não sujeitos a acompanhamento, quando internados em estabelecimento psiquiátrico ou como tais declarados por uma junta de dois médicos”¹⁷⁰.

Ora, aqui continua a restrição de um direito fundamental que foi apregoado na Convenção. O facto de alguém apresentar capacidade diminuída - pois o legislador não limitou a restrição somente a casos em que o juiz proibiu o exercício do direito de voto na sentença de acompanhamento – é uma causa para que a pessoa seja impedida de votar. Portanto, o legislador limitou-se novamente a mudar a semântica da lei de “notoriamente reconhecidos como dementes” para “que notoriamente apresentem limitações ou alteração grave das funções mentais”, continuando a existir a proibição do direito a votar sem sequer haver qualquer tipo de sentença judicial.

O art.148º afirma que “[o] internamento do maior acompanhado depende de autorização expressa do tribunal”. Ora, o legislador optou por autonomizar esta matéria do foro pessoal, no entanto deixou diversas questões em aberto, nomeadamente o significado de internamento.

A Lei de Saúde Mental – Lei nº36/98, de 24 de julho –, no seu art.12º, determina os pressupostos de internamento compulsivo, ou seja, os casos em que a pessoa que padece de uma doença do foro mental que crie perigo para determinados bens jurídicos próprios ou alheios e que se recuse a receber tratamento médico ou nos casos em que não possua discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento, podem ser internados em estabelecimento adequado. O art. seguinte refere quem tem legitimidade para requerer o internamento: “o representante legal do menor, *o acompanhante de maior*

¹⁷⁰ Arts. 3º/b), 2º/b), 3º/b) e 36º/b) nas respetivas leis mencionadas.

*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*¹⁷¹.

Portanto, apesar do Estudo que antecedeu esta lei dizer em contrário¹⁷², concordamos com PAULA TÁVORA VITOR quando afirma que “[p]arece estar aqui em causa *antes e apenas* a decisão de internamento enquanto decisão de *determinação de residência* do acompanhado e que inclui a colocação em lar ou outro estabelecimento. Só nestes casos se justifica que, não podendo a decisão ser tomada pelo *próprio acompanhado*, primeiro decisor potencial em qualquer matéria que lhe diga respeito, esta se furte à competência do acompanhante e mereça a solução especialmente garantística da competência judicial”¹⁷³.

Ainda na área de atos relacionados com a saúde, a qual, por economia de estudo não se abordará, mas que de forma alguma se ignora, causou-nos alguma estranheza o legislador ser omisso quanto a intervenções médicas efetuadas ao acompanhado visto que estamos perante diversos direitos fundamentais pessoais, tais como o direito à vida, direito à integridade física e direito a planeamento familiar.

De facto, “as pessoas com deficiência estão mais vulneráveis ao risco de serem submetidas a tratamento de esterilização e interromper a gravidez contra a sua vontade. (...) O direito ao planeamento familiar é constitucionalmente reconhecido e impõe ao Estado a obrigação de, com respeito pela liberdade de autodeterminação, garantir a informação adequada e apropriada à idade permitindo uma decisão por todas as pessoas acerca da dimensão da família e do espaçamento dos filhos bem como garantir o acesso aos métodos e aos meios que o permitam, estando vedada a administração não consentida de contraceptivos a pessoas com deficiência”¹⁷⁴.

¹⁷¹ Itálico nosso.

¹⁷² Vide. Da situação... ob.cit., pág.125. De facto, apesar de se referir no estudo que o preceito em causa tem como objetivo “complementar” a legislação já existente acerca do internamento compulsivo, entendemos que a necessidade de complementaridade uma vez que o regime jurídico já se encontra delimitado quer pela CRP, quer pela LSM. Acresce que “na prática jurisdicional, a exigência de autorização ou ratificação judicial para internamento vai, certamente, aumentar a pendência dos tribunais, bastando pensar no elevado número de cidadãos de idosos com doenças degenerativas, que frequentemente têm outras complicações de saúde associadas que exigem internamentos” – cfr. Parecer do MP sobre a proposta de lei n.º110/XIII, pág.20. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=42175> – acedido a 13/09/2019

¹⁷³ PAULA TÁVORA VITOR, *Código...* ob.cit., págs. 191-192. Itálico original.

¹⁷⁴ ROSA CÂNDIDO MARTINS, *Artigo 23.º...* ob.cit., págs. 222-223

Em especial, o art.142º/5 CP¹⁷⁵ mantém-se intocado e não prevê “uma regra própria sobre os limites do acompanhante em matéria de saúde reprodutiva [o que] demonstra uma omissão grave na concretização de um sistema garantístico, em particular perante a preservação de representação *ex lege*”¹⁷⁶.

¹⁷⁵ “No caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos ou psiquicamente incapaz, respectiva e sucessivamente, conforme os casos, o consentimento é prestado pelo representante legal por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral”.

¹⁷⁶ GERALDO ROCHA RIBEIRO, *O instituto...* ob.cit., pág.66. Itálico original.

Conclusão

Vivemos numa época marcada por constantes avanços tecnológicos que alteram o quotidiano da sociedade portuguesa. De facto, atualmente temos o privilégio de ter acesso a cuidados de saúde básicos, desde vacinação a medicação para a prevenção e tratamento de doenças, respetivamente, como acesso à educação e até o acesso à informação.

A partilha de informação instantânea permite que haja um número crescente de pessoas que reconhece que existe discriminação face a diversas minorias e que urje lutar pela garantia dos direitos inerentes a todo e qualquer ser humano, independentemente da sua raça, idade, género, orientação sexual, ou capacidade diminuída. Portanto, apela-se cada vez mais à eliminação de legislação discriminatória arbitrária.

Em particular, com a CDPD, a ONU teve como objetivo a eliminação da discriminação nos diversos ordenamentos jurídicos contra pessoas que padeçam de algum tipo de deficiência. Por conseguinte, consagrou diversos princípios norteadores por que os Estados-Parte se deveriam pautar.

Como vimos, houve necessidade de criar esta Convenção, pois a generalidade dos Estados-Parte continha legislação caracterizada por um modelo médico de deficiência, claramente paternalista e, uma vez que a sua preocupação era primordialmente pelo património do sujeito, geralmente este não exercia os seus direitos, sendo representado por terceiros. Por isso, compreendemos que este modelo não seja compaginável com a sociedade hodierna cuja construção diária seja sustentada pelo pilar-mestre da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, foi instituído um modelo de apoio que pautava pela primazia da vontade da pessoa com capacidade diminuída. Como foi consagrado o reconhecimento da igualdade e não discriminação no art.5º CDPD, naturalmente se seguiram no articulado diversos direitos a que a estas pessoas eram vedados, tais como o reconhecimento igual perante a lei (art.12º), respeito pela vida privada (art.22º), respeito pelo domicílio e pela família (art.23º) e participação na vida política (art.29º).

Como analisámos, Portugal não era exceção. Os institutos da interdição e inabilitação ainda enraizados no direito romano tinham um cariz estigmatizante para a pessoa sujeita a um destes, visto que previam diversas incapacidades de exercício e até de gozo de diversos direitos.

Assim, entendemos a decisão do legislador ao optar por criar um novo regime, ao invés de adicionar um novo instituto coexistindo com os institutos clássicos ou de efetuar alterações ao já existente por forma a “apagar” quaisquer conotações negativas remanescentes.

Por isso, o ordenamento jurídico português foi influenciado pelo regime jurídico alemão que também preferiu reformar por completo o seu regime jurídico de proteção de adultos. Inversamente, como referimos, os ordenamentos jurídicos italiano e francês escolheram um regime múltiplo – e o ordenamento jurídico espanhol está no processo de reforma do seu regime.

Desta forma, a regra atualmente é a da presunção da capacidade jurídica para as pessoas com capacidade diminuída sujeitas ao regime do maior acompanhado. Este instituto alargou o âmbito de pessoas que podem ser sujeitas a medidas de acompanhamento para que possa haver uma maior proteção de pessoas com problemas cada vez mais comuns na sociedade – mas que ainda não eram regulados no anterior regime -, como a dependência a videojogos ou doenças degenerativas derivadas do aumento da esperança média de vida.

De igual modo, deixa de ser necessário que as pessoas com algum tipo de deficiência física, como a surdez-mudez ou a cegueira, tenham que ser sujeitas a um processo judicial para poder exercer a sua vida quotidiana, pois prima-se pela autonomia do visado e respetivo apoio informal de familiares de acordo com a doutrina da alternativa menos restritiva.

Na verdade, se o próprio visado sentir a necessidade de ser apoiado em algum aspeto da sua vida, poderá eventualmente beneficiar de medidas de acompanhamento pois como a vontade e interesses do beneficiário são prioritários, este tem uma palavra a dizer acerca da sujeição ou não a um processo judicial – desde a necessidade da sua autorização para que as restantes pessoas tenham legitimidade de intentar a ação, a necessidade de audiência direta e pessoal do mesmo durante o processo e até na escolha do próprio acompanhante.

Contudo, apesar destas alterações legislativas importantíssimas, o cerne da autonomia do beneficiário das medidas de acompanhamento deixa muito a desejar: o articulado que regula os negócios da vida corrente e os chamados “atos pessoais”.

De facto, visto que a preocupação do legislador deixou de ser meramente com o património da pessoa, mas com a própria pessoa e a dignidade inerente a esta, não havia necessidade de criar o artigo 147º, pois se a capacidade jurídica é a regra, os atos pessoais não estão vedados, à partida, a nenhum adulto. Todavia, o legislador na segunda parte do nº1 do referido preceito possibilita a restrição tanto destes como dos negócios da vida corrente. Destarte, apesar de apregoar que consagrou um modelo de apoio ao adulto com capacidade diminuída, aqui consagra-se uma possibilidade de restrição destes direitos, visto que não admitem representação.

O nº4 do art.12º CDPD assegura que todas as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica devem ser proporcionais e adaptadas às circunstâncias do caso – as chamadas *taylor-made measures* -, sendo sujeitas a um controlo periódico do órgão judicial. Não podemos ignorar que ainda há dificuldades em comunicar com alguém que não consegue exteriorizar a sua vontade e preferências, portanto entendemos o porquê de ser necessária a consagração de medidas de apoio para estas pessoas.

Assim, o regime português parece não permitir que o beneficiário das medidas tenha uma palavra a dizer acerca destes atos que não admitem representação. Todavia, o juiz poderá utilizar a al.d) do nº2 do art.145ºCC ao sujeitar determinadas categorias de atos a autorização, tentando manter intocável a capacidade jurídica, ao invés da anterior solução dual: ou tem capacidade para exercer aqueles direitos ou não a tem.

Mais, como analisámos, o legislador tentou seguir as diretrizes da Convenção e utilizou a expressão “atos pessoais” para atos que, não admitindo representação, se relacionam com os direitos especiais de personalidade, sem, contudo, se identificarem propriamente com estes últimos.

Por outro lado, situações existem em que, pese embora não se encontrem expressamente elencados como tal na lista exemplificativa do art.147ºCC, não deixam de configurar particularmente essenciais às pessoas com capacidade diminuída. Um dos exemplos dados foi o direito à reserva da vida privada que a própria CDPD destacou, desde logo, uma vez que ao acompanhado deve ser garantida a segurança do tratamento de dados pessoais, e ao juiz compete mencionar na respetiva sentença se o acompanhante pode ter acesso a estes.

Por conseguinte, a *praxis* judiciária terá que ter cautela ao elaborar a sentença, pois basta uma falha na restrição de um determinado direito para prejudicar o acompanhado – apesar

de se manter a possibilidade de recorrer ao regime da incapacidade acidental. Assim sendo, resta-nos confiar no zelo dos nossos julgadores ao adaptarem as medidas que se afigurem mais adequadas *in casu* por forma a manter aquilo que há imenso tempo se pede: a capacidade jurídica.

Em suma, o instituto do Maior Acompanhado implementou alterações importantes em sede de perspetivação de pessoas com capacidade diminuída. Foi abandonado um regime considerado paternalista que se baseava em estereótipos já ultrapassados, em substituição de um regime baseado na primazia da autonomia da pessoa, bem como as suas vontades e preferências.

Contudo, há determinadas incongruências que permanecem por entender: se o regime da inabilitação e interdição foi eliminado pelo teor negativo e discriminatório que apresentava às pessoas que a este eram sujeitas, porque é que apenas determinados articulados foram corrigidos em termos semânticos?

Com efeito, a título de exemplo, a demência notória de facto continua a ser uma das causas de impedimentos dirimentes absolutos a contrair casamento – que está regulado no mesmo Código que o regime do maior acompanhado - e no caso do direito a participar ativamente na vida política, o legislador alterou para “que notoriamente apresentem limitações ou alteração grave das funções mentais”.

Em face do exposto, e pese embora apresente este instituto tenha sido um importante passo no caminho certo para a forma de tratamento dos adultos com capacidade diminuída, entendemos que o legislador poderia ter optado por outras soluções mais compagináveis com o princípio da flexibilidade, tais como as referidas no Capítulo IV, no qual o maior acompanhado seria avaliado casuisticamente por uma autoridade com legitimidade para tal ainda que sujeita à possibilidade de homologação judicial.

Bibliografia

- Álvarez, Joaquín María Rivera. “Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad.” *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, maio de 2004: 91-119.
- Alves, Cláudia David. “O acompanhamento das pessoas com deficiência - questões práticas do novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado.” Em *Direito das Pessoas com Deficiência - 2019 - À luz do novo regime do maior acompanhado, aprovado pela Lei n.º 49/2018, de 14-08*, de Centro de Estudos Judiciários, 9-34. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019.
- Alves, Raúl Guichard. *Alguns aspectos do instituto da interdição*. Vols. IX, Tomo II, em *Direito e Justiça*, 131-168. Lisboa, 1995.
- Araújo, António de. *Cidadãos portadores de deficiência (o seu lugar na Constituição da República)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- Barbosa, Mafalda Miranda. *Maiores Acompanhados: Primeiras Notas depois da aprovação da Lei 49/2018, de 14 de agosto*. 1ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2018.
- Barnes, Colin, e Geoffrey Mercer. *Exploring the divide: illness and disability*. Leeds: Disability Press, 1996.
- Borsellino, Patrizia. “Scelte Sulle cure e incapacità: l’amministrazione di sostegno e le direttive anticipate come strumenti di garanzia dei diritti fondamentali della persona.” Em *Scelte sulle cure e incapacità: dall’amministrazione di sostegno alle direttive anticipate*, de Patrizia Borsellino, Dominique Feola e Lorena Forni, 9-24. Varese: Insubria University Press, 2007.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2011.
- Canotilho, José Joaquim Gomes, e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa - Anotada - Vol. I - Artigos 1º a 107º*. Reimpressão. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- Carvalho, Ana Sofia de Magalhães e. “Análise crítica do futuro processo judicial para "acompanhamento de maior".” Em *Autonomia e Capacitação: os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência*, 9-20. Porto: Universidade do Porto, 2018.

- Carvalho, Orlando de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- Coelho, Pereira, e Guilherme de Oliveira. *Curso de Direito da Família*. 5ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.
- Cordeiro, António Menezes. “Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores.” Em *Revista de Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2018.
- . *Tratado de Direito Civil*. 4ª ed. Vol. IV: Pessoas. Coimbra: Edições Almedina, 2016.
- Costa, Américo de Campos. “Incapacidades e formas do seu suprimento/ Anteprojecto do Código Civil.” *Boletim Ministério Público*, nº 111 (1961): 195-231.
- Costa, Maria Inês. “A audição do beneficiário no regime jurídico do maior acompanhado: notas e perspetivas.” *Revista Julgar* (Edições Almedina), julho de 2020.
- Costa, Mariana Fontes da. “O reconhecimento da proibição do excesso como critério delimitador das medidas de acompanhamento das pessoas com deficiência.” Em *Autonomia e Capacitação: os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência*, 101-116. Porto: Universidade do Porto, 2018.
- Deficiência, Comité de Direitos das Pessoas com. *General Comment No.6 (2018) on equality and non-discrimination*. 2018.
- Degener, Theresia. “Disability in a Human Rights Context.” *Laws*, 2016, 36 ed.: 1-24.
- . “The human rights model of disability.” 31 de 12 de 2014: 30.
- Dhanda, Amita. “Constructing a new human rights lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities.” *International Journal on Human Rights*, 2008: 42-58.
- Dinerstein, Robert. “Implementing Legal Capacity Under Article 12 of The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making.” *Human Rights Brief*, 2012.
- Donaldson, Hannah. “Disability, Society and International Law: The UN Disability Convention as a Catalyst for Change.” *Stirling International Journal of Postgraduate Research*, 2012: 1-21.
- Fernández, Jacobo Martín. “Un nuevo paso en la garantía de los Derechos Humanos: La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención

- Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.” *Boletín del Real Patronato sobre Discapacidad*, 2011: 4-8.
- Fineman, Martha Albertson. “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition.” *Yale Journal of Law & Feminism* (Yale Law School) 20, nº 1 (2008).
- Fontes, Fernando. *Pessoas com deficiência em Portugal*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2016.
- Gomes, Joaquim Correia. “Autonomia e (In)capacidades: Passado, Presente e Futuro.” *Autonomia e Capacitação*, 2018: 45-70.
- Gomes, Joaquim Correia. “Constitucionalismo, Deficiência Mental e Discapacidade: um apelo aos direitos.” *Revista Julgar* (Edições Almedina), nº nº29 (maio- junho 2016): 119-151.
- Gomes, Manuel Tomé Soares. “Da salvaguarda dos direitos fundamentais das pessoas em situação de incapacidade.” Em *O Doente Mental: A Pessoa - A Gestão do Património*, de Simpósio FNAFSAM, 55-58 . Lisboa: FNAFSAM, 2004.
- Gómez, Patricia Cuenca. “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española.” *REDUR*, dezembro 2012: 61-94.
- Hörster, Heinrich. *A Parte Geral do Código Civil Português*. 1ª edição. Coimbra: Almedina, 2012.
- . *A Parte Geral do Código Civil Português*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2019.
- Hughes, Bill, e Kevin Peterson. *The social model of disability and the disappearing body: towards a sociology of impairment*. Vol. XII, cap. nº3 em *Disability & Society*. Essex: Taylor & Francis, junho de 1997.
- Ibáñez, Jorge Gracia. “O direito e o dever de cuidado: elementos de direito comparado quanto ao acompanhamento de maiores.” Em *Autonomia e Capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, de Luísa Neto e Anabela Costa Leão, 71-88. Porto: Universidade do Porto, 2018.
- Marques, Sofia, e Fernando Vieira. “Proteção da autonomia na incapacidade — Novas Exigências ao Regime Jurídico Português.” *Revista Julgar*, 2018: 62-72.

- Martins, Rosa Cândido. “Acompanhamento e negócios fora do "comércio jurídico".” Em *Colóquio - O Novo Regime do Maior Acompanhado*, de Coord. António Pinto Monteiro, 273-317. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019.
- Martins, Rosa Cândido. “Artigo 23º - Respeito pelo domicílio e pela Família.” Em *Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência - Comentário*, de Coord. JOAQUIM CORREIA GOMES, LUÍSA NETO e PAULA TÁVORA VÍTOR, 213 - 224. Lisboa: Imprensa Nacional- Casa da Moeda, 2020.
- . *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- Miranda, Jorge, e Rui Medeiros. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- Monteiro, António Pinto. *O Código Civil Português entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro*. Vol. N.º 4002, em *Revista de Legislação e Jurisprudência*, de António Pinto Monteiro, 148-154. Gestlegal, Ano 146.º.
- Neves, Alexandra Chicharo das. *Críticas ao regime da capacidade de exercício da pessoa com deficiência mental ou intelectual - a nova conceção da pessoa com deficiência*. Vol. nº 140, em *Revista do Ministério Público*, editado por Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, págs. 79-120. Lisboa, outubro a dezembro 2014.
- . *O Estatuto Jurídico dos "Cidadãos Invisíveis". O longo Caminho para a plena cidadania das pessoas com deficiência*. Lisboa: UAL, 2011.
- O'Mahony, Charles. “Legal capacity and detention: implications of the UN disability convention for the inspection standards of human rights monitoring bodies.” *The International Journal of Human Rights* 16, nº 6 (agosto 2012): 883-901.
- Pinto, Carlos Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- Pyaneandee, Coomara. *International Disability Law: A Practical Approach to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. London: Routledge, Taylor & Francis Group, 2019.
- Ribeiro, Geraldo Rocha. *A proteção do incapaz adulto no direito português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

- . “O instituto do maior acompanhado à luz da Convenção de Nova Iorque e dos direitos fundamentais.” *Revista Julgar*, maio de 2020.
- Rubio, María Paz García. “Algunas propuestas de reforma del código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos e responsabilidad civil.” *Revista de Derecho Civil*, julho-setembro de 2018: 173-197.
- Sampaio, Maria Conceição Barbosa Carvalho. “Regime Jurídico das Incapacidades. Novo Instituto para a Proteção dos Idosos.” *Revista Julgar*, dezembro 2016: 1-24.
- Segregation, Union of the Physically Impaired Against, e The Disability Alliance. *Fundamental Principles of Disability*. London, 1975.
- Serrano, Laura Gazquez, e María del Mar Méndez Serrano. “Tratamiento jurídico de la discapacidad desde la perspectiva del derecho civil.” Em *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, de Alcaín Martínez, González-Badía Fraga e Molina Fernández, 95-157. España: Comares , 2006.
- Sousa, António Pais de, e Carlos Frias de Oliveira Matias. *Da Incapacidade Jurídica dos Menores Interditos e Inabilitados*. 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1983.
- Sousa, Rabindranath Capelo de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- Vaz, Vera. “O suprimento das pessoas maiores em situação de incapacidade. A experiência da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa.” Em *I Simpósio FNAFSAM: O Doente Mental: A Pessoa - A Gestão do Património*, de FNAFSAM. Lisboa, 2004.
- Vítor, Paula Távora. Em *Código Civil Anotado*, de Ana Prata. Coimbra: Edições Almedina, 2019.
- . *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- Vítor, Paula Távora. “Capacidade e incapacidades - respostas do ordenamento jurídico português e artigo 12º da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência.” Em *Revista Sociedade e Trabalho* , de Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, 39-56. setembro/dezembro 2009.

Vitor, Paula Távora. “Os novos regimes de proteção das pessoas com capacidade diminuída.” Em *Autonomia e Capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, de Luísa Neto e Anabela Costa Leão, 125-145. Porto: Universidade do Porto, 2018.

Weiss, Jennifer W. “The Convention on the Rights of Persons With Disabilities in the Post-Lisbon European Union.” *Human Rights Brief*, 2012: 18-23.

Jurisprudência

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça:

- Ac. STJ 21/07/1983 (MOREIRA DA SILVA), Proc. nº 070840
- Ac. STJ 22/01/2013 (GREGÓRIO SILVA JESUS), Proc. nº 2382/09
- Ac. STJ 19/11/15 (SILVA GONÇALVES), proc. nº 63/2000.C1.S1

Acórdãos Tribunal da Relação de Coimbra:

- Ac. TRC 11/11/2014 (MARIA JOÃO AREIAS), proc. 63/2000.

Acórdãos Tribunal da Relação do Porto:

- Ac. TRP 20/05/2013 (ANA PAULA AMORIM), Proc. 1206/11.2TJPRT.P1

Committee on the Rights of Persons with Disabilities:

- Mr. X vs. Tanzania