

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**O EXERCÍCIO DO DIREITO ESPECIAL DE PERSONALIDADE PELOS MAIORES
ACOMPANHADOS NA NOMEAÇÃO DO PROCURADOR DE CUIDADOS DE SAÚDE**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Autora: Ana Paula de Araújo Koerner

Orientadores: Professora Mestre Patricia Alexandra Matos Cardoso Dias e Professor Pós-Doutor Alex Sander Xavier Pires

Número do candidato: 30004447

Outubro de 2023

Lisboa

Dedicatória

À memória de meus avós paternos, cujas histórias, valores e ensinamentos transcenderam o tempo e encontraram eco em meu coração. Embora não estejam mais fisicamente presentes, suas almas iluminam cada página deste trabalho, e suas influências me guia a cada passo.

Dedico este esforço a vocês, na esperança de honrar o legado que deixaram para trás.

Agradecimentos

Primeiramente, elevo meus agradecimentos a Deus, fonte de toda sabedoria e força, por iluminar meu caminho e conceder-me a determinação necessária para alcançar esta etapa da minha jornada acadêmica.

À minha família, minha eterna gratidão. Seu apoio incondicional, compreensão e amor foram alicerces fundamentais que me permitiram perseverar nos momentos mais desafiadores. Cada passo deste trabalho é também uma celebração do nosso laço e do compromisso compartilhado com a educação e o crescimento pessoal.

Expresso minha profunda gratidão à Universidade Autónoma de Lisboa, que me acolheu e me proporcionou uma formação sólida e inspiradora. Os ensinamentos que aqui adquiri serão levados comigo ao longo de toda a minha carreira e vida.

Um agradecimento especial à minha orientadora, Patrícia Alexandra Matos Cardoso Dias, pela confiança depositada em mim e pelo apoio incansável ao longo desta pesquisa. Sua dedicação, sabedoria e orientação foram cruciais para moldar este trabalho e minha formação acadêmica.

Por fim, mas não menos importante, agradeço a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a finalização deste trabalho. Cada gesto, palavra de incentivo e contribuição foram essenciais para tornar este momento uma realidade.

«A vida do direito não foi lógica: foi experiência»

Olivier Wendell Holmes Jr., “The Commun Law” (1881).

Resumo

A atualidade pós-moderna está enraizada no pluralismo social verificado na valorização da autonomia individual, momento em que a humanidade reflete sua preocupação com a liberdade de ação, de pensamento, de vontade e de decisão na esfera individual. A autodeterminação apresenta-se como uma preocupação em várias esferas jurídicas, consoante concretiza o próprio cumprimento dos direitos inerentes a personalidade individual, axioma da dignidade da pessoa humana. No âmbito pessoal do incapaz, sobrelevou a modificação do regime da inabilitação e interdição, esculpido de rigidez, ablação, estigma do incapaz e estaticidade dos seus efeitos ao âmago de uma atuação capacitante do sujeito pelo regime do maior acompanhado. A autodeterminação pessoal, consoante o princípio da máxima proteção da capacidade, rompeu a problemática de uma proteção amplamente tendenciada a administração patrimonial para permitir, com reconhecimento legislativo, pelo viés da pessoalidade, o exercício autossuficiente do sujeito, fazendo, pois, convergir a autodeterminação à norma jurídica de proteção. No âmbito dos cuidados de saúde, a autodeterminação se faz projetar no consentimento ou dissentimento informado do paciente como validação e baliza para a intervenção médica enquanto manifestação do direito de personalidade, com o qual se relaciona o direito à integridade física e psíquica individual. Assim, o paciente, por vontade própria, faz concretizar a sua concepção de vida tornando, ele mesmo, o ponto central de deliberação respeitável, estabelecendo uma simbiose entre a pessoa que toma e que recai a decisão. Com efeito, o consentimento, porquanto instrumento de autodeterminação e de desenvolvimento do direito especial de personalidade, por dispor sobre decisões que afetam os bens de natureza individual, depende, para sua eficácia da capacidade do paciente para que, convictamente, possa decidir em matérias de cuidados de saúde. Diante dessas premissas e, fazendo a conjugação entre esses vieses, revela-se o presente trabalho, coadunando-se no interesse performativo que faz legitimar e situar o contexto pessoal do maior acompanhado na tomada de decisão em matérias de cuidados de saúde, fazendo, pois, reverberar a transposição da barreira da atualidade do consentimento através da nomeação de um procurador de cuidados de saúde.

Palavras-chaves: Autonomia Individual. Regime do Maior Acompanhado. Consentimento Informado. Autonomia Prospectiva. Procurador de Cuidados de Saúde.

Abstract

The postmodern present is rooted in the social pluralism verified in the valuation of individual autonomy, a moment in which humanity reflects its concern with freedom of action, thought, will and decision in the individual sphere. Self-determination is a concern in several legal spheres, depending on the fulfillment of the rights inherent to the individual personality, an axiom of the dignity of the human person. In the personal scope of the incapable, the modification of the regime of disqualification and interdiction, sculpted from rigidity, ablation, stigma of the incapable and staticity of its effects, prevailed at the core of an enabling action of the subject by the regime of the adult accompanied. Personal self-determination, according to the principle of maximum protection of capacity, broke the problem of a protection largely tended to patrimonial administration to allow, with legislative recognition, by the bias of personality, the self-sufficient exercise of the subject, making, therefore, converge the self-determination to the legal rule of protection. In the field of health care, self-determination is projected in the patient's informed consent or dissent as validation and guideline for medical intervention as a manifestation of the personality right, with which the right to individual physical and mental integrity is related. Thus, the patient, by his own will, makes his conception of life materialize, making himself the central point of respectable deliberation, establishing a symbiosis between the person who makes and the one who falls for the decision. In effect, consent, as an instrument of self-determination and development of the special right of personality, as it deals with decisions that affect individual assets, depends, for its effectiveness, on the patient's ability to confidently decide on matters of health care. Faced with these assumptions and by combining these biases, the present work is revealed, in line with the performative interest that legitimizes and situates the personal context of the person accompanied in decision-making in matters of health care, therefore, reverberate the transposition of the current barrier of consent through the appointment of a health care attorney.

Keywords: Individual Autonomy. Accompanied Major Regime. Informed consent. Prospective Autonomy. Health Care Attorney.

Índice

Introdução	10
REGIME GERAL DAS INCAPACIDADES ANTERIOR AO REGIME DO MAIOR ACOMPANHADO	15
1. Considerações	15
2. Problemas Existentes no Regime Geral das Incapacidades dos Maiores	21
3. Quebra de Paradigma e Revogação do Regime Geral da Incapacidade dos Maiores ..	25
4. Regime do Maior Acompanhado com o Advento da Lei n.º 49/2018.....	30
4.1. Princípios Guia	30
4.1.1. Princípio da Autonomia Privada.....	30
4.1.2. Princípio da Subsidiariedade	32
4.1.3. Princípio da Proporcionalidade (Subprincípios da Necessidade e Adequação)	34
4.2. Requisitos do Acompanhamento	35
4.3. Conteúdo da Medida de Acompanhamento	37
4.4. Os Direitos do Acompanhado	39
4.5. O Valor dos Atos Praticados pelo Acompanhado.....	40
4.6. Da Remoção e Exoneração do Acompanhante; Da Revisão, Modificação e Cessaçã do Acompanhamento	43
O CONSENTIMENTO E O DISSENTIMENTO INFORMADO NA RELAÇÃO MÉDICO- PACIENTE	45
1. A Face Jurídica da Relação Médico-Paciente.....	45
2. Bens Jurídicos Protegidos na Consagração do Consentimento e do Dissentimento Informado.....	49
3. A Natureza Jurídica do Consentimento e do Dissentimento Informado.....	52
4. A Declaração do Consentimento e do Dissentimento	54
5. Elementos Estruturais do Consentimento e do Dissentimento Informado	57
5.1. O Dever de Informação e Esclarecimento	58
5.2. Voluntariedade.....	65
5.3. Capacidade para Consentir	66
5.3.1. Dimensões da Capacidade para Consentir.....	69
5.3.2. Ausência da Capacidade para Consentir.....	70
5.3.2.1. Menores.....	71
5.3.2.2. Maiores Acompanhados	74

REPRESENTAÇÃO VOLUNTÁRIA PELOS MAIORES ACOMPANHADOS EM MATÉRIA DE CUIDADOS DE SAÚDE.....	77
1. Consideração.....	77
2. Limitação ou Não do Direito de Personalidade	77
3. Regime Jurídico da Representação Voluntária em Cuidados de Saúde	80
3.1. Considerações	80
3.2. Procuração de Cuidados de Saúde	81
3.3. O Outorgante.....	83
3.3.1. A Procuração de Cuidados de Saúde e a Representação Legal	87
3.4. Representante Voluntário em Matéria de Cuidados de Saúde – O Procurador de Cuidados de Saúde.....	88
3.5. Poderes do Representante Voluntário em Matéria de Cuidados de Saúde	91
3.5.1. Caráter Vinculativo dos Poderes.....	95
3.6. Forma e Formalidade da Procuração de Cuidados de Saúde.....	99
3.7. Do Incumprimento da Procuração de Cuidados de Saúde Vinculativa	102
3.8. A Coexistência da Procuração de Cuidados de Saúde e do Testamento Vital	105
3.9. Validade, Caducidade, Modificação e Extinção da Procuração de Cuidados de Saúde 106	
Considerações finais.....	111
Referências Bibliográficas.....	115

Introdução

As mudanças sociais, éticas e legais têm conduzido a uma interconexão contínua entre o direito e a medicina que, sob um contexto contemporâneo, tem sobrepujado a autonomia individual como exercício do direito especial de personalidade o qual, consequentemente, tornou por redefinir as noções de capacidade jurídica.

Assim, sob o novo paradigma da autodeterminação, transmudou-se a visão performativa do anterior regime das incapacidades para o regime do maior acompanhado, delineou-se, no âmbito médico, o consentimento e o dissentimento como reflexo da autonomia individual e, por fim, referendou-se as diretivas antecipadas de vontade como espelho da autonomia prospectiva.

Sob este viés, o presente estudo, busca, sob o tema das diretivas antecipadas de vontade, com delimitação no exercício do direito especial de personalidade pelos maiores acompanhados na nomeação do procurador de cuidados de saúde, responder o principal problema da nossa investigação: Estariam os maiores acompanhados adstritos ao efeito performativo de gerir a sua própria vida, regulando a sua esfera jurídica pessoal com capacidade para autonomamente consentir e nomear um procurador de cuidados de saúde, consubstanciado na autorrealização do direito da personalidade, porquanto define a doutrina menos restritiva de direito e o livre desenvolvimento da personalidade?

Ao se definir o problema central, surgem problemas secundários que precisam ser esclarecidos como premissas essenciais para, além de embasar e moldar o desenvolvimento argumentativo, possibilitar a solução do questionamento principal, porquanto representam o foco e o conteúdo de cada capítulo dessa dissertação:

a) Quais seriam as pretensões, a esfera de relevância e as motivações que fizeram derrogar, através da Lei n.º 49/2018, o antigo regime tradicional da incapacidade, revogando os institutos da interdição e inabilitação e, inserindo, o regime do maior acompanhado frente a doutrina da alternativa menos restritiva de direitos?

b) Qual o verdadeiro significado e pressupostos do postulado do consentimento ou dissentimento livre e informado, corolário do direito de personalidade, porquanto concretizado no âmbito da autodeterminação nos cuidados de saúde?

c) Em matéria de representação voluntária inserida no bojo dos cuidados de saúde, seria o adulto com capacidade diminuída, amparado pelo regime do maior acompanhado, pessoa capaz para consentir e outorgar procuração de cuidados de saúde como núcleo de decisão respeitável?

Uma vez que o tema e a delimitação foram introduzidos, seus limites definidos e os problemas (principal e secundários) estabelecidos, detalham-se os objetivos pretendidos, apresentando-se como geral:

a) Esclarecer em que medida os maiores acompanhados, através do recurso da procuração de cuidados de saúde, apresenta-se no quadro geral das capacidades como densificador do consentimento e da autorrealização do direito da personalidade, nos termos da doutrina menos restritiva de direito e do livre desenvolvimento da personalidade.

E, como específicos:

a) Analisar a alteração legislativa que revogou o antigo regime tradicional da interdição e da inabilitação, ponderando as motivações e considerando as relevâncias frente a doutrina da alternativa menos restritiva de direitos.

b) Efetuar estudo detalhado sobre o consentimento ou dissentimento livre e informado, analisando sua natureza jurídica, seu verdadeiro significado e pressupostos concretizadores da autodeterminação do indivíduo nos cuidados de saúde.

c) Analisar a acreditação e a factibilidade do exercício da representação voluntária no bojo dos cuidados de saúde, através da outorga da procuração de cuidados de saúde, como núcleo de decisão respeitável pelo maior acompanhado.

Por essa feita, para a consecução da resposta do problema principal, perpassa-se para abordagem das indagações secundárias que interconectam os três capítulos desse trabalho, mormente interligados pelo novo panorama da autodeterminação individual.

Nesse sentido, o primeiro capítulo, intitulado do Regime Geral das Incapacidades Anterior ao Regime do Maior Acompanhado, imerge na evolução do ordenamento jurídico português, transitando da dualidade de interdição e inabilitação para o mais recente regime do maior acompanhado.

A iniciação do regime do maior acompanhado concebeu uma ruptura significativa com a ótica estigmatizadora e extirpativa do anterior regime automático, geral e de efeitos categóricos, preocupado com “a proteção do incapaz e dos seus interesses¹”, de elevado sentido patrimonial, tendente a resguardar o sujeito perante terceiros e perante a si próprio², donde incitava a restrição da capacidade de agir, desfavorecendo o incapaz ao impor o reconhecimento de uma incapacidade geral (principalmente a interdição) independente da medida de (in)aptidão

¹ ALVES, Raúl Guichard. **Alguns aspectos do instituto da interdição**. [em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. Disponível em: <URL:http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf>. ISBN 978-972-9122-98-9. p. 45.

² *Idem – Ibidem*.

do sujeito.

Ao invés de mirar na incapacidade, o novo regime foca na figura do beneficiário, reconhecendo sua autonomia e dignidade. O maior acompanhado é aceito como o núcleo central das relações, sendo digno de respeito aos direitos fundamentais, como o livre desenvolvimento da personalidade, a capacidade civil e a autodeterminação.

A posição de potencializar a autonomia, consoante a iniciativa pessoal fez dotar de graduação as medidas restritivas, inserindo um regime mutável e relativo, que represente as próprias necessidades do sujeito e reflita a aptidão de gerir seus interesses e impedir a sua total extirpação da sociedade.

Desta forma, a preservação da razoabilidade da autodeterminação fez focar na premissa da pessoalidade do sujeito, na preocupação com seu estado e sua cura, não no viés patrimonial.

Essa transmutação, mais do que uma mera modificação legal, fez refletir uma alteração na forma como a sociedade percebe e valoriza a autonomia e os direitos dos indivíduos, independentemente de suas capacidades cognitivas ou físicas.

A preocupação com a densificação da autonomia não se restringiu, porém, aos maiores acompanhados, revelando-se, pois, também apurada no âmbito dos cuidados de saúde, consoante assenta que as decisões que venham a recair “sobre o núcleo fundamental da personalidade física e psíquica da pessoa³”, por reverberarem o direito à personalidade, que devem ser tomadas pela própria pessoa titular desse direito, de forma que haja coincidência entre a figura que toma a decisão e a que sofre a responsabilidade dela⁴.

Nessa perspectiva, entoa-se o segundo capítulo, denominado de o Consentimento e o Dissentimento Informado na Relação Médico-Paciente, no qual faz referencia ao consentimento e ao dissentimento como pilares da autonomia individual na relação médico-paciente, refletindo a ruptura com o paternalismo médico.

Historicamente, o paternalismo médico era norteador pela concepção de que os médicos, por serem conhecedores da ciência, não deveriam considerar as opiniões dos pacientes. Contudo, com a mudança de paradigma, o consentimento e o dissentimento emergiram como núcleo central da relação médico-paciente, o que fez romper com a antiga ideia, atribuindo ao paciente o direito de ter sua vontade observada, seja numa vertente

³ DIAS, Patrícia Cardoso. A Perspectiva Ético-Jurídica da Doutrina da Alternativa Menos Restritiva de Direitos: afirmação da capacidade e da autodeterminação em cuidados de saúde do adulto com capacidade diminuída. In **Revista de Direito e Medicina**. Vol. 01, (jan-mar. 2019).

⁴ DIAS, Patrícia Cardoso – **Op. Cit.**, 2019, p.3.

positiva, através do consentimento, seja numa negativa, por meio do dissentimento.

O direito ao consentimento releva a proteção da integridade física e moral, porquanto se relaciona a liberdade de vontade e autodeterminação, o que faz legitimar e direcionar o ato médico, como expressão concretizadora da dignidade da pessoa humana.

A prática médica é uma ciência que se norteia pela autodeterminação do paciente manifestada pela sua decisão. Salienta-se, outrossim, que a autodeterminação, hodiernamente, é garantida pelo consentimento ou dissentimento antecipado efetivamente expressado numa diretiva antecipada de vontade.

Sob tal premissa, modula-se o terceiro capítulo, intitulado de Representação Voluntária pelos Maiores Acompanhados em Matéria de Cuidados de Saúde, que eleva a discussão quanto a simbiose entre a capacidade de consentir e o instituto do maior acompanhado, consoante faz interligar o consentimento prospectivo, que transcende a barreira da atualidade, na representação voluntária em matéria de cuidados de saúde.

A nomeação de procurador de cuidados de saúde insere-se juntamente com o testamento vital como espécies das declarações antecipadas de vontade que exsurtem como “instruções proferidas por uma pessoa capaz, em relação aos cuidados de saúde que deseja receber ou recusar numa eventual situação de incapacidade que a impeça de exprimir ou de tomar decisões autonomamente por si própria⁵”.

A nomeação de um procurador de saúde, foco da nossa pesquisa, faz volver a garantia da autonomia de vontade, consubstanciada na vontade prospectiva do paciente de nomeação e constituição de um terceiro – procurador de cuidados de saúde que, na ocasião do acometimento de incapacidade do outorgante, possa agir e tomar as decisões de cuidados médicos em seu nome.

O exercício da autodeterminação através da nomeação do procurador de cuidados de saúde proclama a busca do “verdadeiro significado e limites do postulado do consentimento livre⁶”.

É, nesse contexto que se concentra a presente pesquisa tendente a aferir sobre a tutela capacitante dos maiores acompanhados no domínio da nomeação de um procurador de cuidados de saúde, analisada sob a doutrina menos restritiva de direito e o livre desenvolvimento da personalidade.

⁵ REGO, Fabiana. A Força Jurídica das Declarações Antecipadas De Vontade. In **Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. Coimbra: Coimbra Editora. Depósito Legal 214044/04. Ano 8, n.º 16 (jul.-dez. 2011). p. 161.

⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Op. Cit.*, 2004, p.203.

No contexto da pesquisa e elaboração desse trabalho dissertativo de mestrado será utilizado a adjacente metodologia de trabalho científico: a) Método Dedutivo: posto partir a investigação do âmbito geral para uma questão específica, ou seja, pela observância de dados particulares sob o prisma da teoria generalizante; b) Método Dialético: pelo que envolve a análise de um fenômeno de múltiplas perspectivas com o objetivo de construir um processo argumentativo e, conseqüentemente uma síntese e uma compreensão aprofundada através da abrangência de todas as complexidades e nuances; c) Método Histórico: visto focar na evolução dos fenômenos ao longo do tempo e da história, consoante analisará o contexto, as mudanças, a identificação das influencias para melhor compreensão da matéria dissertativa.

No âmbito da técnica de recolha e tratamento da informação, utiliza-se a pesquisa documental, especificamente a análise de leis e atos normativos, bem como, a pesquisa bibliográfica, através da assunção de conhecimento por meio de materiais bibliográficos na área do direito, da bioética, recomendações, convenções, artigos científicos, teses de doutorados, dissertações de mestrados, revistas científicas, legislações, dentre outros.

REGIME GERAL DAS INCAPACIDADES ANTERIOR AO REGIME DO MAIOR ACOMPANHADO

1. Considerações

A publicação da Lei n.º 49/2018, em 14 de agosto de 2018, inseriu no ordenamento jurídico português o regime do maior acompanhado que fez derrogar a anterior disciplina das incapacidades baseada na dualidade dos institutos da interdição e da inabilitação.

A ideia de incapacidade ressoava contrária à de capacidade, caracterizada pelo seu sentido negativo de oblação à capacidade pessoal (capacidade jurídica e capacidade de exercício).

A capacidade jurídica, associada diretamente à aquisição da personalidade, era caracterizada na aptidão de ser titular de direitos subjetivos e obrigações jurídicas, fundamentalmente assinalada na capacidade de ser sujeito de direitos⁷.

A capacidade de gozo ou de direito, denominada por Carlos Mota Pinto como sinónimo de capacidade jurídica traduzia-se no reconhecimento objetivo do direito, considerando a pessoa como uma “elite capaz de direitos e obrigações⁸”, reflexo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, imposto pela dignidade da pessoa humana e inerente ao Ser Humano⁹.

Assim, referia-se que a capacidade jurídica se caracterizava como a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, sendo, pois, inerente a própria personalidade, considerada, no âmbito abstrato da titularização, do conhecimento genérico de quais direitos ou obrigações uma determinada pessoa seria possuidora¹⁰.

O Código Civil, no artigo 67.º, a definia conjugando sua dependência à personalidade jurídica e considerava que as pessoas poderiam ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário: nisto consistiria a sua capacidade jurídica¹¹.

⁷ ÁLVAREZ, Borja del Campo - Discapacitados, Incapaces e Incapacitados: problemas em torno a la nulidade y anulabilidad de sus actos. **Actualidad Jurídica Iberoamericana**. p. 64.

⁸ PINTO, Carlos Alberto Mota - **Teoria Geral do Direito Civil** – 4ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1325-7. p. 194.

⁹ RIBEIRO, Geraldo Rocha - Os poderes do representante legal nas situações de internamento “voluntário” à luz do direito português. **Interdição e Inabilitação**. [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. p. 162 [Consult. 10 dez. 2021]. Disponível em <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Interdicao_inabilitacao.pdf>.

¹⁰ FERNANDES, Luís A. Carvalho - **Teoria Geral do Direito Civil: introdução e pressupostos da relação jurídica** – 6ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012. ISBN 978972540361-9. p. 134.

¹¹ CÓDIGO CIVIL: Decreto-Lei n.º47344, de 25 de novembro de 1966. [em linha]. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>.

Notadamente, frente ao instituto que assegurava à pessoa a intitulação de direitos, previa o ordenamento a inserção do Ser Humano como protagonista da faculdade de ação, da *facultas agendi*, porquanto garantia a execução desse direito através da capacidade de exercício.

A capacidade de exercício, diferente da capacidade jurídica, nutria-se na atuação jurídica da pessoa na aquisição de direitos e no cumprimento de obrigações por ato próprio ou por representação voluntária.

É de se observar que, enquanto a análise da capacidade de gozo centrava-se no plano abstrato, porquanto observava, em abstrato, a pessoa, titular, como ser capaz genericamente de direitos e vinculações, a análise da capacidade de exercício focava no viés da concretude, na busca de ser averiguada a capacidade em concreto para o exercício ou o cumprimento dos direitos e obrigações atribuídos a determinada pessoa.

Nesse sentido, preconiza Luís Alberto Carvalho Fernandes que a abstração da capacidade jurídica fazia refletir, pelo ordenamento, a mera imputação ao Homem de direitos e obrigações, conquanto a concretude da capacidade de exercício fazia soerguer a própria atuação jurídica do sujeito a fim de materializar esses direitos e/ou obrigações¹².

A análise da capacidade de exercício ensejava um critério quantitativo, com maior ou menor limitações de atuações jurídicas, ou seja, com valorações maiores ou menores da capacidade diante de determinadas situações¹³.

Pessoas dotadas de capacidade de agir atuavam pessoalmente ou por intermédio de um representante voluntário no exercício de direitos e no cumprimento de obrigações, vez que possuíam maturidade e compreensão suficientes, de modo a permitir a preservação dos interesses, mediante preponderância da conveniência e da oportunidade dos atos praticados¹⁴ (intento trazido incidentalmente nos artigos 123.º, 130.º e 133.º pelo Código Civil).

Na orbita dos negócios jurídicos – atuação com autodeterminação e discernimento no âmbito negocial – a capacidade assumia relevante papel, porquanto apresentava-se em capacidade negocial de gozo e capacidade negocial de exercício, ambas contrapostas, simultaneamente, às incapacidades negociais de gozo e às incapacidades negociais de exercício¹⁵.

A capacidade negocial de gozo volvia os direitos de conteúdo exclusivamente pessoal,

¹² FERNANDES, Luís A. Carvalho - *Op. Cit.*, 2012, p. 133.

¹³ PINTO, Carlos Alberto Mota - *Op. Cit.* p. 194.

¹⁴ AZCANO, Eva María Martín - La Reforma Del Codice Civile em Materia de Protección de Personas Privadas de Autonomía. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. [sl]:[sn]. ISSN: 2386-4567. n.º 14 (fev. 2021), p. 301.

¹⁵ PINTO, Carlos Alberto Mota - *Op. Cit.* p. 221 e 222.

àqueles que não podiam ser submetidos a outra pessoa, os de exercício pessoal e irrestrito do titular, de caráter pessoalíssimo¹⁶. A sua incapacidade não poderia ser suprimida e os atos praticados em seu desacordo eram considerados nulos, nos termos da legislação civilista¹⁷, nos artigos 1600.º e ss., 2188.º e 2189, 1850.º, respectivamente no caso da capacidade para casar, testar e perflhar.

A capacidade negocial de exercício, por seu turno, reportava-se àqueles providos de autodeterminação e discernimento para o exercício dos direitos mediante ação pessoal ou por intermédio de voluntário.

Ao contrário da capacidade negocial de gozo, inata ao sujeito, a capacidade negocial de exercício – aptidão para agir juridicamente apanhando direitos e assumindo obrigações por ato próprio ou por um representante voluntário¹⁸ - era adquirida com a maioria conquistada aos 18 (dezoito) anos de idade.

Assim, ao completar 18 anos, o sujeito atingia a maioria com a chancela do reconhecimento, em regra, da sua capacidade de exercício, sendo, pois, considerado apto para adquirir direitos e contrair obrigações por si mesmo ou por meio de representante voluntário.

A anterior redação do art. 130.º do Código Civil previa a plena capacidade, via de regra, aos maiores para reger a sua pessoa e dispor dos seus bens.

Por seu turno, a ideia da incapacidade ficava circunscrita aos casos da menoridade e aos da maioria quando submetidos à interdição e à inabilitação (regime das incapacidades).

O regime das incapacidades sob opção político-administrativa traduzia-se como regime de exceção baseado no sentido protetivo da teoria das incapacidades, condutor da ideia de que a restrição ao direito do incapacitado, ou seja, da sua inaptidão de atuação, aconteceria para salvaguardar seus bens jurídicos.

Sob o manto da proteção, o legislador escolheu o modelo de limitação da liberdade de atuação do incapacitado na sua órbita jurídica, estabelecendo um “modelo dualista de resposta jurídica às incapacidades¹⁹”, conforme preconiza Joaquim Correia Gomes, cingindo a

¹⁶ MADALENO, Rolf - **Direito de Família** - 8ª ed., rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 978853098015-3. p. 1161.

¹⁷ CÓDIGO CIVIL - *Op. Cit.*

¹⁸ BARBOSA, Mafalda Miranda – Maiores Acompanhados: da incapacidade à capacidade. **Revista da Ordem dos Advogados**. [Em linha]. N.º 1, Vol. 78 (2018), 231 -258. [Consult. 03 mar. 2022]. Disponível em: https://portal.oa.pt/media/130218/mafalda-miranda-barbosa_roa_i_ii-2018-revista-da-ordem-dos-advogados.pdf. p.232.

¹⁹ GOMES, Joaquim Correia - Autonomia e (In)Capacidade: passado, presente e futuro. **Autonomia e Capacitação – os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. [Em linha]. [sl]: Centro de Investigação Jurídico Económica, 2018, p. 64 [Consult. 10 dez. 2021]. Disponível em https://sigarra.up.pt/fdup/pt/web_gessi_docs.download_file?p_name=F1399621482/Livro%20-%20Actas%20-%20Semin%E1rio%20Autonomia%20e%20Capacita%E7%E3o.pdf

nomeação do tutor ou curador ao incapacitado tutelado ou curatelado.

Assim, o sistema condicionou a validade dos atos jurídicos praticados pelo incapaz à representação, ou seja, a atuação de um terceiro que lhe substituiu a vontade ou lhe prestava assistência²⁰.

Segundo Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, o sistema da incapacidade seria, em suma, o afastamento da titularidade do incapaz para reger a própria esfera jurídica, tangendo esta a um terceiro²¹.

Com efeito, pelo regime da interdição e inabilitação (pautados nos artigos 138.º a 151.º e 152.º a 156.º, respectivamente, do Código Civil), haveria a proteção do maior, pessoa incapaz, por si só, de conduzir livremente sua vida, bens e desenvolver sua personalidade.

Sob a premissa da existência de maiores incapazes, o anterior sistema, delineou a gravidade dos fundamentos incapacitantes e, através dos institutos da interdição e da inabilitação, privava o sujeito, a depender do grau da incapacidade, da livre condução dos bens e/ou da sua esfera patrimonial.

Para a interdição e para a inabilitação eram prescritos os mesmos fundamentos jurídicos (anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira), o que ocasionava a necessidade da diferenciação dos graus da incapacidade, caso a caso, para o devido enquadramento protetivo.

Nesse viés, a diferença da gravidade da incapacidade se refletia no alcance do regime, sendo, pois o regime da interdição mais grave do que o da inabilitação²². A interdição apenas deveria ser decretada como *ultima ratio*²³, quando a inabilitação fosse medida protetiva insuficiente para proteger o indivíduo que além de ser inapto para gerir seus bens não governava sua pessoa.

A salvaguarda da incapacidade pela inabilitação era tratada pelo Código Civil a partir do art. 152.º, o qual preconizava que poderiam “ser inabilitados os indivíduos cuja anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, embora de carácter permanente, não seja de tal modo grave que justifique a sua interdição, assim como aqueles que, pela sua habitual prodigalidade ou pelo abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, se mostrem incapazes de reger

²⁰ RODRIGUES, Silvio – **Direito Civil** – Volume I. São Paulo: Saraiva, 2003. ISBN 850204320-X. p. 42.

²¹ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – **Maior Acompanhado**, “Direitos Pessoais” e Negócios da Vida Corrente. **O exercício de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente pelo acompanhado**. [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. p. 121 a 141 [Consult. 03 mar. 2022]. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/563487a1e4b01aa792817ed1/t/5e9ad85456774a007cc94e08/1587206284762/2019+-+PLPV+-+Maior+acompanhado%2C+%E2%80%9Cdireitos+pessoais%E2%80%9D+e+neg%C3%B3cios+da+vida+corrente.pdf>. p. 126

²² BARBOSA, Mafalda Miranda - **Maiores Acompanhados: primeiras notas depois da aprovação da lei n.º49/2018, de 14 de agosto** – 1ª ed. Coimbra: Gestlegal Editora, 2018. ISBN 978989895100-7. p. 24.

²³ BARBOSA, Mafalda Miranda - **Op. Cit.**, 2018, p. 23.

convenientemente o seu património²⁴”.

Além das causas comuns para a interdição e inabilitação (anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira), porquanto submetidas ao enquadramento de intensidade da incapacidade, haviam causas específicas da inabilitação, a prodigalidade e o abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes.

O conceito de pródigo não era fixado pelo legislador, de modo que restava a cargo da doutrina e da jurisprudência sua definição, entendendo-se como aquele que desenfreadamente arruinava seu patrimônio a ponto de torná-lo pobre, refletindo uma deficiência conectada ao trato do sujeito com seus próprios bens cuja incapacidade era adstrita aos atos que poderiam acarretar o seu empobrecimento²⁵.

Adverte, contudo, Carlos Mota Pinto que a prodigalidade não se confundiria com “administração infeliz ou pouco perspicaz²⁶” do patrimônio, nem com, conforme asseverou o Tribunal da Relação de Coimbra, as altas despesas *in abstracto*, mas que corroborava com os custos que excessivamente, injustificadamente e reprovadamente, *in concreto*, o sujeito poderia dispende²⁷.

Desde logo, entendia-se por ação prodiga a inclinação para o desperdício descomedido do patrimônio, seja em proveito próprio ou alheio, a ponto de tornar a pessoa incapaz de gerir e administrar adequadamente seus bens²⁸, donde necessitaria de proteção sob fundamento do interesse social²⁹.

A lei também conferiu proteção aos sujeitos que abusavam de bebidas alcoólicas e tóxicos a ponto de lhes retirar o conhecimento da realidade e dos factos e de lhes tolher o exercício autónomo dos atos da vida³⁰.

Em causa, as justificantes especiais eram restritas à inabilitação, contudo, nada impedia que a reiteração dos hábitos de prodigalidade, da dependência ao álcool ou aos tóxicos fosse tamanha que bloqueasse completamente a compreensão dos factos da vida acarretando problemas psíquicos passíveis de interdição³¹.

²⁴ CÓDIGO CIVIL - *Op. Cit.*

²⁵ RODRIGUES, Silvio - *Op. Cit.* p.53.

²⁶ PINTO, Carlos Alberto Mota - *Op. Cit.* p.241.

²⁷ MARTINS, Carvalho Relat. - Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra com o n.º 1685/10.5T2AGD.C1, de 19 de fevereiro de 2013. [Em linha]. [consult. 20 dez. 2021]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/dbb39ce417ac645d80257b340038f2d4?OpenDocument>

²⁸ *Idem - Ibidem.*

²⁹ RODRIGUES, Silvio - *Op. Cit.* p.52.

³⁰ VENOSA, Silvio de Salvo - *Direito Civil: parte geral* – 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. ISBN 852243676-2. p. 177.

³¹ *Idem - Op. Cit.* p. 178.

Destarte, para que as causas justificassem as medidas restritivas era preciso que se revestissem da actualidade e da habitualidade³².

No âmbito da interdição, como fundamento para seu reconhecimento depreendia-se da anterior redação do art. 138º, n.º 1 a existência de causa que abalasse o querer e a compreensão do indivíduo (anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira) conjugada com a falta de regência pessoal e dos bens ocasionados pela gravidade das citadas circunstâncias³³.

Contudo, a presença das causas não eram bastante para sozinhas darem azo ao decretamento da interdição, mas, para tanto, deveriam associar as características de serem cumulativamente incapacitantes, habituais (ou permanentes) e actuais³⁴.

Falava-se em causa incapacitante aquela que de forma grave tornava o indivíduo ingerente e coadjuvante do seu próprio destino. Não era, porém, qualquer perturbação que justificaria o reconhecimento da incapacidade e a decretação da interdição, teria que haver uma ruína anormal e severa das faculdades a ponto de abalar a personalidade e a existência do indivíduo, de lhe impossibilitar a autodeterminação – viés da personalidade, de lhe apartar do convívio social, de lhe tornar coadjuvante da vida, de lhe excluir da determinação livre e volitiva dos seus atos³⁵.

Dessa forma, para considerar as perturbações como *ad interdicendum* deveriam sobrepujar uma tal restrição que conduzisse o indivíduo a inaptidão da gestão da sua pessoa e dos seus bens³⁶.

Como segunda característica, encontrava-se a habitualidade, também conhecida como permanência, identificada por revestir as deficiências sob o manto perenidade e durabilidade, não podendo elas serem efêmeras ou momentâneas, mas que provocassem o enraizamento da perturbação no sujeito, a ponto de lhe restringir da regência de seus bens e pessoa. Assim, confusões esparsas, distúrbios ocasionais não eram qualificantes para a interdição, mas apenas configuravam a necessidade contingente de uma proteção³⁷. Critério este que fazia apartar o instituto da interdição da incapacidade accidental, previsto no art. 257.º, do CC, no qual a incapacidade revelava-se como provisória ou transitória para determinado ato ou vontade.

A característica da permanência não exprimia à irreversibilidade ou à ausência de cura

³² FERNANDES, Luís A. Carvalho - *Op. Cit.*, 2012. p. 361.

³³ PINTO, Carlos Alberto Mota - *Op. Cit.*, 2012. p. 235.

³⁴ FERNANDES, Luís A. Carvalho - *Op. Cit.* p. 343.

³⁵ ALVES, Raúl Guichard - Críticas ao regime da capacidade de exercício da pessoa com deficiência mental ou intelectual – a nova concepção da pessoa com deficiência. **Interdição e Inabilitação**. [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. p. 161 e 162 [Consult. 10 dez. 2021]. Disponível em <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Interdicao_inabilitacao.pdf>. p. 54.

³⁶ ALVES, Raúl Guichard - *Op. Cit.*, 2015b. p.56.

³⁷ ALVES, Raúl Guichard - *Op. Cit.*, 2015b. p. 59 e 60.

da anomalia ou mesmo da impossibilidade de existência de intervalos lúcidos³⁸. Dessa forma, a probabilidade de cura ou retorno da capacidade não era obstáculo para decretação da interdição que poderia ser levantada, cessada ou atenuada a qualquer tempo³⁹.

Como terceira e derradeira característica, a actualidade, referia-se ao momento presente da interdição. A deficiência incapacitante deveria ser actual, ou seja, existente no acto da interposição do processo. Tal requisito advinha da própria interpretação do art. 138.º, do CC que tornava inteligível a subsistência da patologia causadora da incapacidade durante a propositura da acção e da decretação da interdição⁴⁰.

Desse modo, era insubsistente a interdição baseada no receio de uma incapacidade futura ou de um estado pretérito, restando a preocupação do legislador com aquele estado presente, com a actualidade da perturbação e do perigo para condução individual da sua vida e dos seus bens pelo incapacitado⁴¹.

Por esse motivo, o fato de uma pessoa um dia ter sofrido de surdez-mudez que lhe limitou de governar sua vida e bens, mas que ao se utilizar da evolução farmacológica veio a obter o livre controle, discernimento e autodeterminação, tal situação não ensejaria a interdição, tendo em vista não ser o estado passado da pessoa justificante da medida protetiva⁴².

Desse modo, caberia ao judiciário, caso a caso, determinar se certa causa seria apta para gerar a interdição ou inabilitação – por afetar o livre desenvolvimento da autodeterminação e, por consequente, da personalidade, privando o incapaz da gestão da esfera pessoal e/ou patrimonial, a depender do grau.

2. Problemas Existentes no Regime Geral das Incapacidades dos Maiores

O regime geral das incapacidades dos maiores era motivo de farta críticas, seja da doutrina, seja da jurisprudência, consubstanciadas no sopro dos ventos progressistas internacionais e na mudança dos valores axiológicos predominantes na sociedade.

As advertências iniciavam-se na inadequação do anterior regime aos tempos hodiernos, vez que as razões que outrora lhe corroboravam, contexto “social, científico,

³⁸ FERNANDES, Luís A. Carvalho - *Op. Cit.* 2012. p. 344.

³⁹ ALVES, Raúl Guichard - *Op. Cit.*, 2015b, p. 61.

⁴⁰ *Idem* - *Op. Cit.* p. 58.

⁴¹ *Idem* – *Ibidem*.

⁴² FERNANDES, Luís A. Carvalho - *Op. Cit.*, 2012. p. 344.

demográfico e constitucional⁴³”, hodiernamente o refuta.

Nessa toada, as situações que antes dariam azo a interdição ou a inabilitação, nos últimos tempos não mais se apresentariam como justificantes, ou seja, não se abonariam tendo em vista os avanços da medicina, da farmacologia, dos estudos de reabilitação e dos meios de educação.

Apontavam-se, ainda, críticas quanto a rigidez da interdição, medida que não refletia no sentido protecionista da incapacidade, da mesma forma que assinalavam a inflexibilidade das causas incapacitantes que deixavam a mercê as situações temporárias de incapacidade⁴⁴, a proteção dos idosos e das pessoas com deficiência.

Nesse contexto, aduzia-se que o regime geral das incapacidades dos maiores desarmonizava-se das boas soluções⁴⁵, que apresentava dissonância entre o sentido institucional e o resultado prático alcançado⁴⁶.

Muito por isso, advertiam que a interdição figurava-se como um instituto automático, geral e estático que fazia conduzir o incapacitado a subserviência jurídica, vez que não atendia a sua adaptação⁴⁷.

Assim, criticavam que a generalidade imposta violava o princípio da proporcionalidade, uma vez que a sentença de interdição tratava de modo global a oblação de todas relações e negócios jurídicos do incapaz, desconsiderando as capacidades remanescentes do sujeito⁴⁸.

Queixavam-se da estaticidade, da estagnação e das balizas impostas, tendo em vista a ausência de discricionariedade do magistrado para, ao analisar o caso concreto, poder adaptar a limitação do sujeito à melhor solução casuística.

Defendiam que restrições às liberdades individuais apenas seriam possíveis sob a estrita medida de proteção do incapaz, de forma que não poderia a norma ir além ou ficar aquém da medida necessária para o fim protecionista, sob pena de dissonância com os direitos fundamentais⁴⁹.

Apontavam, por essa razão, críticas ao regime por se distanciar do livre desenvolvimento da personalidade, da autodeterminação, da igualdade e da capacidade

⁴³ ALMEIDA, Carlos Ferreira - **Revista de Direito Comercial**. [Em linha]. Lisboa: Liber Amicorum, 2015. p. 1.055 [Consult. 10 dez. 2021]. ISSN 2183-9824. Disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/capacidade-e-incapacidades-contratuais-dos-maiores-acompanhados>.

⁴⁴ BARBOSA, Mafalda Miranda - **Op. Cit.**, 2018. p. 37 e 39.

⁴⁵ BARBOSA, Mafalda Miranda - **Op. Cit.**, 2018. p. 39.

⁴⁶ ALVES, Raúl Guichard - **Op. Cit.**, 2015b. p. 42

⁴⁷ ALVES, Raúl Guichard - **Op. Cit.**, 2015b. p. 42.

⁴⁸ BARBOSA, Mafalda Miranda - **Op. Cit.**, 2018. p. 39.

⁴⁹ ALVES, Raúl Guichard - **Op. Cit.**, 2015b, p. 41 e 42.

individual, visto que, pela concepção e fundamento do instituto⁵⁰, não corroborava a melhor solução ao caso concreto, mas insurgia-se de forma estanque, homogeneizando as heteronímias dos casos, procedendo as limitações como uma receita de bolo.

Afigura-se por determinar, que além das especificações da incapacidade, o decretamento da incapacidade deveria referenciar, imprescindivelmente, a capacidade residual do sujeito, os atos que poderiam ele praticar em virtude da subsistência da aptidão e do discernimento, para que corroborasse do exercício de sua autodeterminação e da proteção efetiva da sua incapacidade⁵¹.

A isto se apregoava porque, o fenômeno da capacidade intrinsecamente aceita meio termo, e, via de regra, a sua perda não ocorre de uma vez. Assim, um sujeito poderia não ter capacidade para tomar uma certa decisão, porquanto poderia ser possuidor de capacidade para tomar outra.

Por essa razão criticava-se a falta do tratamento flexível e gradual da capacidade pelo regime que tivera sido delineado sob a rigidez e, em nada se harmonizaria com as diversidades circunstâncias⁵².

Sob esse viés, criticava-se, ainda, a negativa do interdito de constituir família sob razões de diretrizes terapêuticas e sociais – impedir desordens hereditárias e a construção de núcleos familiares inconstantes – por violar o direito a igualdade (art. 36.º, da CRP⁵³), da constituição familiar (art. 67.º, da CRP⁵⁴) e do livre desenvolvimento da personalidade e capacidade (art. 26.º, n.º 1, da CRP⁵⁵)⁵⁶.

No mesmo sentido, aconteciam com as limitações para perfilhar, adotar, testar e exercer as responsabilidades parentais⁵⁷.

A rigidez do sistema não dava alternativa para ponderação de medidas eficazes a serem

⁵⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte - Alguns aspectos do instituto da interdição. **Interdição e Inabilitação**. [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. p. 23 e 38 [Consult. 10 dez. 2021]. Disponível em <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Interdicao_inabilitacao.pdf>. p. 24.

⁵¹ NEVES, das Gaioto Relat. - Acórdão do Tribunal da Relação de Évora com o n.º 731/07-2, de 14 de junho de 2007. [Em linha]. [consult. 20 dez. 2021]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/49f7c80253ec9b0880257de100574b18?OpenDocument&Highlight=0,731%2F07-2>

⁵² BARROSO, Renato Amorim Damas - “Há Direitos dos Idosos?”. **JULGAR**. Coimbra: Coimbra Editora. [Em linha]. n.º 22 (2014), p. 124 e 125. [Consult. 03 mar. 2022]. Disponível em: <file:///C:/Users/Cliente/Downloads/07-Renato-Barroso.pdf>

⁵³ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Diário da República, Série I. N.º 86 (10-04-1976). [Em linha]. [Consult. 01 nov. 2021]. Disponível em https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/337/201911231803/diploma?did=34520775&_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice&q=Constitui%C3%A7%C3%A3o.

⁵⁴ *Idem - Ibidem*.

⁵⁵ *Idem - Ibidem*.

⁵⁶ ALVES, Raúl Guichard - *Op. Cit.*, 2015b. p. 64.

⁵⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira - *Op. Cit.* p. 1057.

adotadas ao caso concreto, desrespeitando os direitos constitucionalmente assegurados. Tratava-se de um regime estanque e pré-determinado, como se todos os fundamentos das incapacidades e todos os sujeitos fossem iguais, sem nenhuma distinção peculiar.

Criticavam, também a equiparação do interdito, diretamente, e do inabilitado, indiretamente, com o menor (ar. 139.º, do CC), subjugando a infantilização e memorização desiguais⁵⁸. Para tanto, levavam em consideração a diferenciação entre institutos das incapacidades negociais que, por consequência, recalariam tratamentos também distintos. A incapacidade pela menoridade tinha seu nascedouro baseada nas circunstâncias de provisoriedade e temporariedade, no qual refletia uma incapacidade temporária do menor, ou seja, até ser atingida a maioridade, até possuir maturidade suficiente para o governo da sua vida. A incapacidade do maior, por seu turno, baseava-se na permanência e na definitividade, por vezes apresentando-se como de caráter patológico, porquanto estabelecesse o Código Civil, no art. 145.º o dever especial do tutor de cuidar da saúde do interdito⁵⁹. Assim, para institutos incapacitantes diferentes necessitavam serem subjugadas soluções casuísticas diferentes.

Reprovavam a característica nitidamente paternalista do regime que fazia incidir sobre os tutores as responsabilizações dos pais⁶⁰.

Censuravam, ainda, o intuito eminentemente patrimonialista, que se preocupava fundamentalmente com o patrimônio do incapaz (na inabilitação com exclusividade e na interdição com preponderância), apesar de trazer o cuidado especial do representante com a saúde do sujeito⁶¹.

O crivo patrimonialista do regime fazia impor o conservadorismo⁶², dissociado de respostas respaldada no sujeito como pessoa ou em suas limitações, ou na sua capacidade residual, mas preponderava, tão somente, os aspectos patrimoniais.

A contraprodução do regime não favorecia o incapaz, sendo, pois, considerado como antiterapêutico por não propiciar a cura ou regeneração do incapacitado⁶³, mas diversamente de elevar a sensação de discriminação infamante do sujeito⁶⁴.

⁵⁸ ALVES, Raúl Guichard - *Op. Cit.*, 2015b. p. 46.

⁵⁹ ALVES, Raúl Guichard - *Op. Cit.*, 2015b. p. 46.

⁶⁰ NEVES, Alexandra Chícharo das - Os poderes do representante legal nas situações de internamento “voluntário” à luz do direito português. **Interdição e Inabilitação**. [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. p. 161 e 162 [Consult. 10 dez. 2021]. Disponível em <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Interdicao_inabilitacao.pdf>. p.138.

⁶¹ BARROSO, Renato Amorim Damas - *Op. Cit.* p. 123.

⁶² BARBOSA, Mafalda Miranda - *Op. Cit.*, 2018. p. 39.

⁶³ *Idem - Ibidem*.

⁶⁴ ALVES, Raúl Guichard - *Op. Cit.*, 2015b. p. 92.

Tudo isso corroborava para um regime estigmatizante, segregador do incapaz⁶⁵ que nutria não um sentimento de proteção frente a sua limitação, mas de uma sensação de desligamento do seio social, de estigmatização social.

Os processos de interdição e inabilitação apresentavam-se como custosos e morosos⁶⁶. Não se justificaria que um sistema nascido para proteger, desprotegesse o sujeito devido ao excessivo e longo período para solução processual, ou pior, que sub-rogasse o sujeito a representação ilegítima por parte dos familiares ou profissionais que sem nomeação judicial ou inspeção tomariam decisões irreversíveis sobre a vida e os bens do incapaz⁶⁷.

Do mais, criticava-se a falta de possibilidade do sujeito, antes do advento da incapacidade quando em perfeito estado das faculdades cognitivas e domínio volitivo, de escolher seu representante tutor ou curador⁶⁸ ou de tomarem decisões vinculativas para seu futuro⁶⁹.

Diante das censuras, a doutrina expressava na existência de uma ordem jurídica “autista do devir sociológico⁷⁰”, a qual salvaguardava uma realidade inexistente principalmente pela impossibilidade do exercício do direito.

Por essa razão, ansiava-se por uma mudança, por uma revisão dos alicerces ultrapassados do regime geral de incapacidade dos maiores que correspondessem ao surgimento de novos paradigmas.

3. Quebra de Paradigma e Revogação do Regime Geral da Incapacidade dos Maiores

A mudança do paradigma com a consequente revogação do anterior regime das incapacidades dos maiores pela Lei n.º 49/2018 apresentou-se como consequência da condecoração da autonomia pessoal como algoritmo dos direitos humanos, ao que fez considerar cada pessoa, sob seu viés de especificidade, capaz de gerir sua vida de acordo com seu anseio e desejo⁷¹.

Decorre que o novo paradigma da capacidade concedeu prioridade aos anseios e

⁶⁵ BARBOSA, Mafalda Miranda - *Op. Cit.*, 2018. p. 39.

⁶⁶ ALVES, Raúl Guichard - *Op. Cit.*, 2015b. p. 32.

⁶⁷ BARROSO, Renato Amorim Damas - *Op. Cit.* p. 122.

⁶⁸ BARBOSA, Mafalda Miranda - *Op. Cit.* nota 16. p. 39

⁶⁹ BARROSO, Renato Amorim Damas - *Op. Cit.* p. 125.

⁷⁰ *Idem* - *Op. Cit.* p. 123.

⁷¹ GOMES, Joaquim Correia - *Op. Cit.* p. 69.

desejos da pessoa incapaz reconhecendo um complexo de estímulos jurídicos para a consecução de viabilizar o novo padrão das decisões.

O protótipo pautava-se na capacidade, naquela tendente a propiciar ao sujeito os aparelhos imprescindíveis para sua tutela em determinado caso concreto. Tratava-se da preservação do indivíduo até seu limite de desempenho autônomo. Tratava-se da proteção sem a incapacitação⁷².

Neste ponto, buscava-se por uma diminuta limitação dos direitos fundamentais a partir da concessão de instrumentos que fizessem permitir a atuação autônoma do sujeito como protagonista da sua vida⁷³.

Os contornos jurídicos do paradigma foram trazidos, com ênfase, pela Recomendação n.º (99) 4, do Conselho da Europa, adotada em 23 de fevereiro de 1999⁷⁴, que alicerçou os princípios relativos à proteção jurídica dos maiores acompanhados.

Com efeito, sob o prisma da doutrina da alternativa menos restritiva, estabeleceu uma gama de princípios basilares para proteção dos adultos incapazes⁷⁵ e promoção da sua autonomia, nomeadamente, em destaque, o respeito aos direitos humanos, a flexibilidade na resposta legal; a máxima preservação da capacidade; a publicidade; a necessidade e subsidiariedade; a proporcionalidade; a justiça e a eficiência no procedimento; o interesse e o bem-estar supremos da pessoa em causa; o respeito pelos desejos e sentimentos da pessoa em causa e consulta⁷⁶.

O núcleo central da Recomendação fez irradiar a máxima preservação da capacidade do maior incapaz (pr. 3), ao consagrar-lhe autoridade decisória, consonante respeito a dignidade da pessoa como ser humano e a proteção das liberdades fundamentais (pr. 1).

Sob este enfoque, fez reprovar as medidas de proteção de privação geral, ou seja, de restrição total e automática da capacidade (do exercício de votar, de testar, de dar ou recusar os atos de intervenção no domínio da saúde, de subsistir os atos relacionados a vida cotidiana), para sobrelevar a manutenção da autonomia e da capacidade individual ainda existente⁷⁷ (pr. 3).

⁷² BARBOSA, Mafalda Miranda - *Op. Cit.*, 2018. p. 40.

⁷³ PRINHEIRO, Jorge Duarte - *Op. Cit.* p. 34.

⁷⁴ RECOMENDAÇÃO N.º (99) 4 - **Conseil de L'europe (Conselho da Europa)**. [Em linha]. [Consult. 10 jan. 2022]. Disponível em <https://rm.coe.int/16805e3038>

⁷⁵ FERNANDES, Diana Isabel Mota – A Interdição e Inabilitação no Ordenamento Jurídico Português: Notas de enquadramento de direito material e breve reflexão face ao direito supranacional. **Interdição e Inabilitação**. [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. p. 253 a 298. [Consult. 10 dez. 2021]. Disponível em <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Interdicao_inabilitacao.pdf>. p. 257.

⁷⁶ RECOMENDAÇÃO N.º (99) 4 – *Op. Cit.*

⁷⁷ *Idem - Ibidem*.

Nessa ordem, destacou que a limitação a capacidade somente deve advir quando estritamente necessária a proteção do sujeito, devendo referir-se, proporcionalmente, ao grau de capacidade ainda existente e às circunstâncias e às particularidades do sujeito⁷⁸ (pr.6).

Sob nota, denota-se, que nenhuma medida de proteção deve ser tomada a menos que seja necessária sob a ponderação da situação (perigo e prejuízo) e de proteção do sujeito (bem-estar), preferindo, quando cabível, a aplicação de mecanismos menos formais e a assistência de familiares e qualquer interessado⁷⁹ (pr.5).

A Recomendação n.º (99) 4, fez inserir o valor preponderante da autonomia pessoal que consagrou o interesse e o bem-estar como valores supremos da pessoa incapaz⁸⁰ (pr.7), posto que considerou que as medidas protetivas devem circunscrever-se sob o respeito da vontade, do sentimento e do anseio do incapaz, prevalecendo, na medida do possível, o intento do adulto na escolha do seu representante ou assistente, bem como suas opiniões sobre ações que lhe repercutam⁸¹ (pr.8).

Para concretização dos princípios basilares, este documento, faz arrazoar uma resposta jurídica moldada a cada caso, ou seja, adequada aos diferentes graus de incapacidade e às diversidades de situações e as necessidades emergenciais⁸² (pr.2). Por isso, fez assegurar a realização de um procedimento justo e eficaz capaz de propiciar garantias processuais adequadas para proteção dos direitos humanos e prevenção de abusos⁸³ (pr.7).

A Recomendação n.º (99) 4, do Conselho da Europa, na parte III, continua seu aconselhamento referenciando, ainda, outros princípios sendo 8 (oito) deles processuais, 4 (quatro) deles relacionados ao papel dos representantes e 6 (seis) dedicados a intervenção do domínio da saúde.

Para além da Recomendação n.º (99) 4, do Conselho da Europa encontra-se a Convenção da Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência adotada em de 13 de dezembro de 2006⁸⁴, aprovada e ratificada em 23-09-2009⁸⁵ pelo Estado Português, que fez delinear um quadro jurídico por meio de preceitos e princípios que dirigem um “paradigma

⁷⁸ *Idem - Ibidem.*

⁷⁹ RECOMENDAÇÃO N.º (99) 4 – *Op. Cit.*.

⁸⁰ *Idem - Ibidem.*

⁸¹ *Idem - Ibidem.*

⁸² *Idem - Ibidem.*

⁸³ *Idem - Ibidem.*

⁸⁴ CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. [Em linha]. [Consult.10 jan. 2022]. Disponível em https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pessoas_deficiencia_convencao_sobre_direitos_pessoas_com_deficiencia.pdf

⁸⁵ RESOLUÇÃO DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA N.º 57/2009. [Em linha]. [Consult.10 jan. 2022]. Disponível em <https://dre.tretas.org/pdfs/2009/07/30/plain-258434.pdf>

jurídico de apoio deliberativo na discapacidade⁸⁶”.

A CDPD foi percussora ao considerar, em âmbito internacional, as pessoas com deficiência como titulares de direitos em igualdade de condições com as demais pessoas, porquanto alterou o paradigma dos direitos das pessoas deficientes, progredindo de um modelo clínico para um entendimento social de deficiência⁸⁷.

A CDPD representa a ruptura da ideia de um regime paternalista baseado na substituição da vontade entre o representante e o incapaz, por um novo padrão de reconhecimento da personalidade e da capacidade jurídica aos incapazes em igualdade de condições, assegurador da inserção e das garantias de medidas relacionadas ao exercício da capacidade pelos incapazes⁸⁸ (art. 12.º da CDPD).

A base da Convenção centra-se nas disposições trazidas no art. 12.º, no qual se retiram as diretrizes: i) conjuntura de igualdade à capacidade jurídica, não apenas formal, mas também material, inserindo a premissa de que todas as pessoas são capazes, consoante proibição de discriminação sob o viés da incapacidade; ii) adequação dos meios jurídicos às circunstâncias incapacitantes, inserindo que as medidas a serem aplicadas devem ser proporcionais e adaptadas às circunstâncias do sujeito, bem como, capazes da sua inclusão; iii) inserção de bases jurídicas que garantam medidas adequadas e a evitação de abusos; iv) concessão de prevalência aos interesses da pessoa incapaz, promovendo, resguardando e salvaguardando o pleno gozo dos direitos humanos e liberdades individuais das pessoas com deficiência mediante respeito a dignidade da pessoa humana; v) preponderar o viés transitório das medidas restritivas⁸⁹.

Desse modo, o art. 12.º reconhece, perante a lei, a personalidade e a capacidade jurídica às pessoas com deficiência em igualdade de condições com os demais indivíduos, mormente faz revelar o reconhecimento da autonomia e independência individual das pessoas com deficiência, ponto fulcral para mudança dos modelos de proteção de substituição⁹⁰.

O mesmo dispositivo, no seu n.º 4 estabelece que os Estados Partes devem assegurar medidas que forneçam “as garantias apropriadas e efectivas para prevenir o abuso de acordo com o direito internacional dos direitos humanos⁹¹”, e que tais medidas devem ser “proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa⁹²”, bem como aplicadas no mais curto

⁸⁶ GOMES, Joaquim Correia - *Op. Cit.* p. 67.

⁸⁷ FERNANDES, Diana Isabel Mota – *Op. Cit.* p. 263 e 264.

⁸⁸ CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA - *Op. Cit.* p. 26.

⁸⁹ GOMES, Joaquim Correia - *Op. Cit.* p. 67 e 68.

⁹⁰ FERNANDES, Diana Isabel Mota – *Op. Cit.* 265.

⁹¹ CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA - *Op. Cit.* p. 26.

⁹² *Idem* - *Op. Cit.* p. 26.

período de tempo possível, do que faz consagrar o princípio da proporcionalidade como base das medidas que se relacionem com o exercício da capacidade jurídica⁹³.

Diante dessa perspectiva, denota-se que o art. 12.º, núcleo central da CDPD, irradia suas diretrizes em todo ordenamento, consolidando no seu artigo 3.º como princípios basilares: o respeito à dignidade, liberdade e independência, a igualdade e não discriminação, da participação inclusiva e efetiva na sociedade e da acessibilidade.

Nessa ordem de ideias, insere-se, que diante da mudança de paradigma quanto a capacidade, exsurge que a limitação geral e abstrata da capacidade e da liberdade, apresentada como uma carta em branco legislativa, insculpida no anterior regime protecionista e de substituição, não está mais ancorada ao universo jurídico à luz dos direitos humanos.

A mudança de paradigma, cravada no valor constitucional da autonomia, volveu de conflito o regime geral português da incapacidade dos maiores, o que fez aspirar a necessidade de transformação e de ajustamento.

O princípio da menor ingerência possível no âmbito da pessoa com capacidade diminuída e da maximização da autonomia soergueram novas diretrizes, novas regras, novas visões que tendenciavam mudanças⁹⁴.

Nesse contexto, levando em consideração as previsões inscritas na Constituição da República Portuguesa de respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1.º, CRP) ao livre desenvolvimento da personalidade e da capacidade civil (art. 26.º, n.º 1, CRP), à não discriminação entre os indivíduos e à igualdade (art. 13.º e 26.º, n.º 1, CRP), surgiu a proposta que deu origem a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, nascedouro do regime jurídico de apoio ao maior acompanhado, derogando o antigo regime das incapacidades dos maiores – inabilitação e interdição.

⁹³ VÍTOR, Paula Távora - Os Novos Regimes de Proteção das Pessoas com Capacidade Diminuída. **Autonomia e Capacitação – os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. [Em linha]. [sl]: Centro de Investigação Jurídico Económica, 2018, p. 125 a 146. [Consult. 10 dez. 2021]. Disponível em https://sigarra.up.pt/fdup/pt/web_gessi_docs.download_file?p_name=F1399621482/Livro%20-%20Actas%20-%20Semin%20E1rio%20Autonomia%20e%20Capacita%E7%E3o.pdf. p. 127 e 128.

⁹⁴ CARVALHO, Ana Sofia de Magalhães e - Análise Crítica do Futuro Processo Judicial para Acompanhamento de Maior. **Autonomia e Capacitação – os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. [Em linha]. [sl]: Centro de Investigação Jurídico Económica, 2018, p. 12 [Consult. 10 dez. 2021]. Disponível em https://sigarra.up.pt/fdup/pt/web_gessi_docs.download_file?p_name=F1399621482/Livro%20-%20Actas%20-%20Semin%20E1rio%20Autonomia%20e%20Capacita%E7%E3o.pdf

4. Regime do Maior Acompanhado com o Advento da Lei n.º 49/2018

A Lei n.º 49/2018 criou no ordenamento jurídico português o regime monista⁹⁵ de acompanhamento do maior, eliminando os institutos da inabilitação e interdição, pautado anteriormente em um regime paternalista e dualista.

É de se notar, preliminarmente que a mudança de regime trouxe, como consequência, as alterações de locuções vocabulares e semânticas. Dessa feita, rompeu-se com a denominação da incapacidade, mormente referendada pelo caráter estigmatizador, para adoção do termo maior acompanhado, cuja significância reflete a garantia da capacidade a todos maiores que diante de suas necessidades terão apoio.

4.1. Princípios Guia

Para o entendimento interpretativo do novo regime do maior acompanhado, inserido pela Lei n.º 49/2018 faz-se necessária a enunciação dos princípios normativos condensadores do novo sistema jurídico vigente.

4.1.1. Princípio da Autonomia Privada

O núcleo central do atual regime de acompanhamento do maior centra-se na figura do beneficiário, do que o torna o centro das relações e carecedor de respeito aos direitos fundamentais do livre desenvolvimento da personalidade, da capacidade civil e da autodeterminação⁹⁶.

A presunção de plena capacidade da pessoa maior corrobora com o reconhecimento da sua autônima e plena dignidade, donde traduz que a atuação do Estado e de terceiro transparecem como idôneas somente quando acautelam os cuidados e as necessidades do beneficiário.

⁹⁵ CORDEIRO, Menezes Antônio - **Da situação jurídica do maior acompanhado: Estudo de política legislativa a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores**. [Em linha]. [sl]:[sn], [sd]. [Consult. 10 jan. 2022]. Disponível em p.105 http://www.smmp.pt/wp-content/uploads/Estudo_Menezes-CordeiroPinto-MonteiroMTS.pdf

⁹⁶ VÍTOR, Paula Távora - *Op. Cit.*, 2018. p. 130.

Assim, o desenvolvimento do sistema de acompanhamento de maiores tem como prevalência a individualidade autodeterminada que, simbioticamente com o princípio da subsidiariedade, priorizam o cuidado privado à interferência estatal⁹⁷.

O Código Civil, sublinhou o princípio da autonomia privada e respeito à vontade do maior no seu art. 141.º, quando legitima para requerimento da medida de acompanhamento o próprio beneficiário ou, mediante a sua autorização, o seu cônjuge, o unido de facto, ou qualquer parente sucessível. Deixa de exigir autorização, contudo, quando o beneficiário não puder livre e conscientemente exprimir sua vontade ou quando considere existir um embasamento atendível, hipóteses em que o tribunal poderá suprimi-la. Refere-se, que o requerimento feito pelo Ministério Público prescinde de autorização do beneficiário, tendo em vista que a sua competência institucional é “zelar pelos interesses dos incapazes⁹⁸”.

A lei faz refletir a importância do maior na tomada de decisão, assentando-se no personalismo ético que assente na autonomia privada e responsável do maior, porquanto identifica a dignidade da pessoa humana empregada na autodeterminação e na responsabilidade⁹⁹.

Sob o primado da autonomia privada e da preservação da máxima capacidade, o art. 143.º, 1, do CC, possibilitou a escolha do acompanhante ao acompanhado maior e em pleno exercício de seus direitos ou ao seu representante, através da designação judicial. E, em respeito ao interesse e bem-estar supremo do maior expressa o n.º 2 do art. 143.º do CC que na falta de escolha a designação do acompanhante recairá naquele que melhor apoie o acompanhado na salvaguarda dos seus interesses, consoante lista de legitimados expressas nas alíneas do citado dispositivo.

Outra norma que emprega formação neste princípio refere-se ao art. 156.º do CC, que prevê a possibilidade de uma pessoa maior “celebrar um mandato para a gestão dos seus interesses, com ou sem poderes de representação¹⁰⁰” prevenindo uma eventual necessidade de acompanhamento.

Torna-se revelado a pessoa maior o poder para si autorreger, mediante a gestão prospectiva dos seus interesses pela nomeação de um representante. A existência das diretivas

⁹⁷ RIBEIRO, Geraldo Rocha - *Op. Cit.*, 2015. p. 20.

⁹⁸ MOREIRA, Sônia – A reforma do regime das incapacidades: o maior acompanhado. **Temas de Direito e Bioética – Novas questões do Direito da Saúde**. [Em linha]. N.º 1. [sl]: Centro de Investigação em Justiça e Governação (2018), p. 227 a 250 [Consult. 10 dez. 2021]. ISBN DIGITAL 978-989-54032-6-4. Disponível em: https://issuu.com/comunicadireito/docs/direito_e_bioetica_web. p. 234.

⁹⁹ RIBEIRO, Geraldo Rocha - *Op. Cit.*, 2015. p. 13.

¹⁰⁰ CÓDIGO CIVIL – *Op. Cit.*

antecipadas de vontade possibilita convergir a atuação do mandatário com a autonomia privada (autodeterminação) prospectiva de interesses¹⁰¹.

O mandato pró-futuro seguirá o regime geral e deverá especificar “os direitos envolvidos e o âmbito da eventual representação, bem como quaisquer outros elementos ou condições de exercício¹⁰²”.

O denominado de mandato com vista a acompanhamento engloba tanto o mandato com representação quanto o sem representação, todos condicionados ao regime geral do mandato.

Denota-se pelo art. 156.º, 3, do CC, que no instante do decretamento do acompanhamento o tribunal levará em consideração, no todo ou em parte, o mandato.

O mandato pode ser livremente revogado pelo mandante e, pelo tribunal quando for razoável presumir que a vontade do mandante seria de revogação (art. 156.º, 4, do CC).

A consagração da autodeterminação faz propiciar à pessoa o exercício da liberdade individual de gestão dos interesses privados, da mesma forma que faz impedir o paternalismo estatal arbitrário e limitador da dignidade da pessoa humana. Assenta-se em uma ideia de Estado conferidor de garantias para uma concretização e materialização da dignidade sempre firmada na autonomia privada¹⁰³.

A dignidade da pessoa humana, soerguida pela autonomia privada, é desenvolvida e materializada como balizas as ações estatais de terceiros, como balizas do conteúdo da intervenção, de modo que a cada pessoa é dada a aptidão para gerir a sua própria vida e determinar a sua própria dignidade.

Nesse sentido, observa-se que o regime do maior acompanhado possui seu núcleo no beneficiário que provido de característica universal (dignidade da pessoa humana) tem reconhecida sua liberdade e autonomia privada.

4.1.2. Princípio da Subsidiariedade

As medidas de acompanhamento nutrem-se por proporcionar ao acompanhado o exercício da sua capacidade jurídica com a máxima autonomia possível¹⁰⁴, portanto, são regidas pelo princípio da subsidiariedade. Assim, o sistema de acompanhamento somente pode ser

¹⁰¹ RIBEIRO, Geraldo Rocha - *Op. Cit.*, 2015, p. 23.

¹⁰² CÓDIGO CIVIL – *Op. Cit.*

¹⁰³ RIBEIRO, Geraldo Rocha - *Op. Cit.*, 2015, p. 13.

¹⁰⁴ FERNANDES, Diana Isabel Mota – *Op. Cit.* p. 255.

decretado se o objetivo por ele pretendido não puder ser garantido através de outros meios de cooperação e assistência¹⁰⁵.

O princípio da subsidiariedade infere-se na relação entre a pessoa e o Estado, de forma que não caberá a este intervir na esfera de domínio pessoal quando existe competência individual para o trato autônomo¹⁰⁶.

Sob o primado do cuidado da pessoa maior expõe-se o ponto de equilíbrio entre a autodeterminação individual e a intervenção estatal, de forma que sejam priorizados modelos flexíveis, “menos formais e menos intrusivos¹⁰⁷” que impulse a autodeterminação do maior.

A aplicação do princípio da subsidiariedade exsurge como contraponto ao paternalismo estatal, vez que emprega sentido negativo ou de controle a atuação do Estado, que apenas poderá intervir quando não houver outros meios suficientes para promoção do desenvolvimento da personalidade. E, ao revés, refere-se, também a um posicionamento positivo do Estado, estando em causa a necessária ação estatal quando os modelos flexíveis se demonstrarem insuficientes¹⁰⁸.

Preconiza Geraldo Rocha Ribeiro que “o princípio da subsidiariedade desempenha o papel de regulador da distribuição de competências entre indivíduo e o Estado¹⁰⁹”, já que faz legitimar ou não a atuação estatal perante a esfera individual.

No Código Civil o princípio da subsidiariedade funda-se no art. 140.º, n.º 2 consoante determinação de que a medida de acompanhamento não terá “lugar sempre que o seu objetivo se mostre garantido através dos deveres gerais de cooperação e de assistência que no caso caibam¹¹⁰”.

O sistema intervencionista somente é adequado quando estritamente necessário, diante da insubsistência de outros meios para promover os direitos do beneficiário.

A noção de secundariedade da medida de intervenção baseia-se na garantia de liberdade e na autodeterminação do maior, sendo, pois, adequada, segundo Paula Távora Vitor, quando: (i) forem respeitados a autonomia privada, e; (ii) for elevada a prestação de cuidado pelo seio familiar e social¹¹¹.

Afigura-se, em compêndio, que em respeito ao princípio da subsidiariedade nenhuma medida poderá ser tomada se o objetivo puder ser alcançado através dos demais deveres de

¹⁰⁵ BARBOSA, Mafalda Miranda - *Op. Cit.*, 2022. p. 236.

¹⁰⁶ RIBEIRO, Geraldo Rocha - *Op. Cit.*, 2015. p. 19.

¹⁰⁷ VÍTOR, Paula Távora - *Op. Cit.*, 2018, p. 136.

¹⁰⁸ RIBEIRO, Geraldo Rocha - *Op. Cit.*, 2015. p. 19 e 20.

¹⁰⁹ *Idem* - *Op. Cit.* p. 20.

¹¹⁰ CÓDIGO CIVIL – *Op. Cit.*

¹¹¹ VÍTOR, Paula Távora - *Op. Cit.*, 2018. p. 136.

cooperação e assistência, donde apenas em casos subsidiários e necessários consoante adequação das razões justificantes com o bem-estar do sujeito a medida deverá ser tomada para assegurar a recuperação e o exercício dos direitos fundamentais.

4.1.3. Princípio da Proporcionalidade (Subprincípios da Necessidade e Adequação)

As medidas de intervenção na esfera jurídica individual, por ocasionarem uma limitação ao livre desenvolvimento da personalidade, à autodeterminação e à capacidade devem ser submetidas ao princípio da proporcionalidade em seu sentido amplo.

Por esse princípio eleva-se o sentido de justeza, porquanto condiciona-se a ideia do mínimo intervencionismo tanto na função legislativa, quanto na administrativa e quanto na judicial¹¹².

A primeira ideia que toca a proporcionalidade, no âmbito da necessidade, avoca precisa importância desde a constituição da medida até o seu término, donde somente serão idôneas as medidas necessárias para garantir a liberdade e a autodeterminação do beneficiário¹¹³.

O instituto do acompanhamento apresenta-se vinculado ao beneficiário e condiciona o dever de cuidado do Estado à situação de vulnerabilidade e necessidade existente. Assim, somente são aceitáveis àquelas medidas idôneas que acautelem as necessidades do beneficiário.

Além de ser voltada para a necessidade do beneficiário a medida de intervenção deve ser a estritamente necessária para os cuidados desejados, ou seja, deve se revestir dos meios que acautelem a finalidade do cuidado que promoverá os direitos e necessidades do beneficiário.

A intervenção na esfera individual deve ser a mínima necessária para lidar apropriadamente com a situação de inabilidade, garantindo que os anseios da pessoa serão realizados quando removida a situação de perigo¹¹⁴.

O Código Civil sublinha o princípio da necessidade no art. 145.º, n.º 1, ao expressar que “o acompanhamento limita-se ao necessário¹¹⁵”, porquanto deverá o tribunal, em função de cada caso independentemente referendar os seguintes poderes ao acompanhante: Exercício das responsabilidades parentais ou dos meios de as suprir, representação geral ou representação

¹¹² VÍTOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2018. p.140.

¹¹³ RIBEIRO, Geraldo Rocha - *Op. Cit.* p. 18 e 21.

¹¹⁴ VÍTOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2018. p.140.

¹¹⁵ CÓDIGO CIVIL – *Op. Cit.*

especial, administração total ou parcial de bens, autorização prévia para a prática de determinados atos, intervenções devidamente explicitadas¹¹⁶.

A segunda ideia da proporcionalidade, no âmbito da adequação, repercute no conteúdo da medida, donde determina que a decisão judicial de acompanhamento deve adequar as medidas de acompanhamento às necessidades e interesses do beneficiário¹¹⁷.

Nessa perspectiva entoa-se a necessidade de justificação e atualidade das medidas restritivas aplicadas, porquanto deve o sistema assegurar a revisão e a cessação das medidas quando as causas justificarem (previsão contida no art. 155.º, do CC).

Nesse momento, estar-se-á em causa a adequação da medida perante os cuidados do beneficiário, seja em relação aos poderes de cuidado atribuído ao acompanhante, seja na limitação à capacidade jurídica do acompanhado¹¹⁸.

A articulação entre o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da necessidade e adequação denota-se como transversal, porquanto propiciam a através da ponderação, adequação e necessidade o conteúdo da medida restritiva que atinge a esfera individual do beneficiário e promovem a vinculação dos direitos e garantias entre o acompanhante e o acompanhado.

4.2. Requisitos do Acompanhamento

O sistema do maior acompanhado rompeu com o paradigma da interdição e inabilitação e referendou um sistema que objetiva assegurar os direitos e interesses do beneficiário, fazendo propiciar a sua inserção plena no seio social¹¹⁹.

A instituição do acompanhamento não se debela pela incapacidade do beneficiário, mas a partir da sua autodeterminação e da necessidade de acautelar os seus direitos e interesses¹²⁰.

Assim, infere-se, por meio do art. 138.º, do CC, que as medidas de acompanhamento têm por escopo beneficiar os maiores que, por razão de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, encontram-se impossibilitados de exercer, plena e conscientemente, os seus direitos ou de cumprir os seus deveres¹²¹.

¹¹⁶ *Idem – Ibidem.*

¹¹⁷ RIBEIRO, Geraldo Rocha - *Op. Cit.* p. 25.

¹¹⁸ *Idem – Ibidem.*

¹¹⁹ RIBEIRO, Geraldo Rocha - *Op. Cit.* p. 29.

¹²⁰ RIBEIRO, Geraldo Rocha - *Op. Cit.* p. 30 e 31.

¹²¹ CÓDIGO CIVIL - *Op. Cit.*

Segundo Mafalda Miranda Barbosa, dois são os requisitos para que o acompanhamento possa ser decretado, um subjetivo e outro objetivo¹²²¹²³. No primeiro, está em causa a impossibilidade de autodeterminação, de ter vontade natural e sã, de conhecer o alcance do ato a ser praticado. E, no segundo, está em causa que a impossibilidade para exercício dos direitos e cumprimento dos deveres seja proveniente de razões de saúde, de deficiência ou de comportamento do beneficiário¹²⁴¹²⁵.

Denota-se, em análise dos requisitos, que o legislador inseriu um sistema aberto, de conceitos indeterminados e de causas flexíveis rompendo com a rigidez e estaticidade do sistema anterior.

As razões de saúde englobam tanto as doenças físicas quanto as psíquicas, mesmo que transitórias e temporárias, o que faz ampliar o espectro das justificantes porquanto comparado com o anterior regime, mormente se torna dispensável o requisito da durabilidade e habitualidade¹²⁶.

Os casos das deficiências, por sua vez, consideram-se, conforme relatório e parecer sobre o estatuto do maior acompanhado emitido pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, n.º 100/CNECV/2018, àqueles que provocam “impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial¹²⁷”. Todavia, tais impedimentos apenas são decisivos quando obstruírem as faculdades volitivas e intelectivas do sujeito, privando-o da gestão de sua vida.

As razões comportamentais, reverbera, segundo Mafalda Miranda Barbosa, no comportamento objetivo que impossibilite o livre exercício dos direitos e do cumprimento dos deveres¹²⁸¹²⁹. Assim, somente são razões justificantes para a decretação da medida os desvios comportamentais que obstem o domínio da vontade, que repercutam no impedido do exercício de direitos e no cumprimento de deveres, ou seja, que falte, no domínio da vida, a autodeterminação¹³⁰.

Da mesma forma que no antigo regime, a decretação da medida de acompanhamento necessita de decisão judicial, conquanto, diferentemente do anterior, prevê a possibilidade do

¹²² BARBOSA, Mafalda Miranda - *Op. Cit.*, 2018. p. 53.

¹²³ BARBOSA, Mafalda Miranda - *Op. Cit.*, 2022. p. 239.

¹²⁴ *Idem - Ibidem.*

¹²⁵ BARBOSA, Mafalda Miranda - *Op. Cit.*, 2022. p.239 e 240.

¹²⁶ BARBOSA, Mafalda Miranda - *Op. Cit.*, 2018. p. 53 e 54.

¹²⁷ RELATÓRIO E PARECER SOBRE O ESTATUTO DO MAIOR ACOMPANHADO - 100/CNECV/2018. [Em linha]. [Consult.10 jan. 2022]. Disponível em file:///C:/Users/Ana%20Paula.DESKTOP-T1NCGJM/Downloads/parecer-n-o-100-cnecv-2018-sobre-o-estatuto-do-maior-acompanhado.pdf

¹²⁸ BARBOSA, Mafalda Miranda - *Op. Cit.*, 2018. p. 56.

¹²⁹ BARBOSA, Mafalda Miranda - *Op. Cit.*, 2022. p. 243

¹³⁰ BARBOSA, Mafalda Miranda - *Op. Cit.*, 2018. p. 58.

reconhecimento de medidas urgentes, a audição pessoal do beneficiário da aplicação da medida (art. 139.º, do CC), a sua previsão como legitimado para requerimento do acompanhamento, a legitimação, mediante a sua autorização, do seu cônjuge, do unido de facto, ou de qualquer parente sucessível. Contudo, será prescindida a autorização do beneficiário quando ele não puder livre e conscientemente exprimir sua vontade ou quando considere existir um embasamento atendível, hipóteses em que o tribunal poderá suprimi-la, com exceção do requerimento feito pelo Ministério Público que independe de autorização (art. 141.º, do CC).

É essencial que para a constituição do acompanhamento, além da observância dos requisitos acima mencionados, não se afaste do sentido nuclear do regime, que está em promover o desenvolvimento da qualidade de vida e o bem-estar do beneficiário.

Assim, para além da observância dos requisitos faz-se necessário o respeito ao sistema, a concretização individual e aos princípios guias que margearão a própria decisão, donde haverá o reequilíbrio do beneficiário com as demais pessoas em igualdade.

4.3. Conteúdo da Medida de Acompanhamento

O instituto de acompanhamento deve ser visto “como um benefício e não como uma sujeição¹³¹”, vez que traduz em construções jurídicas propostas a salvaguardar o interesse, o exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres do interessado, ao passo que deve refletir numa resposta concreta e flexível adequada aos diferentes graus limitativos e situacionais.

O âmbito e o conteúdo da medida devem corresponder ao fato concreto, sendo, amplos e flexíveis para permitir uma resposta jurídica adequada e necessária para a circunstância específica, subsumindo o caso ao princípio da proporcionalidade, da necessidade e da adequação.

Sublinha o art. 145.º do CC¹³², que, em função de cada caso o tribunal pode atribuir, independentemente do pleiteado, os seguintes poderes ao acompanhante: a) o exercício das responsabilidades parentais; b) a representação geral ou especial, nesta com indicação dos atos necessários; c) a administração total ou parcial dos bens; d) a autorização previa para determinados atos ou categorias deles; e) intervenções de outro tipo desde que fundamentadas.

Os casos sujeitos ao acompanhamento podem ir do mínimo ao extremo a depender da concreta necessidade do beneficiário não ficando o tribunal subordinado ao requerido na ação.

¹³¹ CORDEIRO, Menezes Antônio – *Op. Cit.* p. 105.

¹³² CÓDIGO CIVIL - *Op. Cit.*

Divergindo do antigo regime, havendo por base a presunção da plena capacidade e a promoção da liberdade do beneficiário, a medida de acompanhamento não poderá partir da limitação geral da capacidade, por esvaziar o sentido do sistema e, conseqüentemente, a tornar desnecessária para a inclusão e o efetivo acompanhamento do beneficiado.

Contudo, especificamente quanto aos atos de disposições de bens imobiliários, o art. 145.º,3, do CC, expressa a continua necessidade de autorização judicial previa e específica para tanto.

É de se observar que o panorama legal se apresenta bastante flexível, propiciando ao tribunal uma vasta margem para manobra¹³³. A positivação da medida, deve, contudo proceder ao desenho dos poderes-deveres do acompanhante dentro da necessidade do acompanhado. As atribuições devem ser individualizadas consoante as especificações das necessidades¹³⁴.

Para definição do conteúdo das medidas de acompanhamento deve-se analisar: primeiro, a capacidade do acompanhado nos contornos do caso concreto; segundo, as atribuições e os poderes do acompanhante *in causa*, e; terceiro, conceder primazia concorrente aos mecanismos de apoio¹³⁵.

No exercício das suas funções, o acompanhante deve privilegiar o bem-estar e a recuperação do acompanhado por meio da diligência de um pai de família (art. 146.º, do CC¹³⁶).

Na vigência da medida de apoio, o acompanhando continua a gozar da sua autodeterminação, donde fará associar a sua vontade com os actos do acompanhante¹³⁷, de modo que se houver conflito de interesse o cuidador deverá abster-se de agir ou requerer ao tribunal a autorização necessária, sob pena de aplicação das consequências trazidas no art. 261.º, do CC (anulabilidade do negócio consigo mesmo)¹³⁸.

Nesse viés, o conteúdo do acompanhamento deve ser limitado ao mínimo razoável e a restrição do necessário, donde obedecerão a especificação e a individualização do decretamento¹³⁹.

¹³³ MOREIRA, Sônia – *Op. Cit.* p. 238.

¹³⁴ RIBEIRO, Geraldo Rocha - *Op. Cit.* p. 40.

¹³⁵ VÍTOR, Paula Távora - *Op. Cit.*, 2018. p. 138.

¹³⁶ CÓDIGO CIVIL - *Op. Cit.*

¹³⁷ VÍTOR, Paula Távora - *Op. Cit.*, 2018. p. 144.

¹³⁸ CÓDIGO CIVIL - *Op. Cit.*

¹³⁹ RIBEIRO, Geraldo Rocha - *Op. Cit.* p. 41.

4.4. Os Direitos do Acompanhado

O sistema do acompanhamento do maior é construído sob a perspectiva da pressuposição da plena capacidade, do pleno direito e da salvaguarda dos interesses e direitos do beneficiário.

Contudo, em determinadas situações, é possível haver a limitação da capacidade do beneficiário com a reserva dos direitos e do livre desenvolvimento da personalidade, consoante permissão legal direcionada para promoção e garantia do maior.

Sob o enfoque da presunção da plena capacidade, entoa-se que as medidas restritivas não podem ser genéricas, como no anterior regime, mas devem ser circunscritas a concreta necessidade do acompanhado, respeitando a sua autodeterminação.

Por essa razão, estabelece o art. 147.º, do CC, como resultado do livre desenvolvimento da personalidade, que, em regra, competirá ao acompanhado o livre exercício dos direitos pessoais (casar, constituir união, procriar, perflhar, adotar, cuidar e educar os filhos, escolher a profissão, se deslocar, fixar domicílio, estabelecer relações e testar) e a celebração dos negócios da vida corrente, salvo disposição de lei ou decisão judicial em contrário.

Considera-se como negócio da vida corrente àqueles que a maioria das pessoas celebram para satisfação das necessidades diária “ou para a satisfação de necessidades que, ultrapassando o cotidiano, fazem ainda parte do ordinário da vida¹⁴⁰”.

Assim, a regra é que o beneficiário possa continuar a tocar normalmente a sua vida cotidiana, exercendo suas atividades habituais no decorrer dos dias sem a necessidade de acompanhamento.

Explicita Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, que a opção do legislador de livre exercício dos atos da vida cotidiana pelo acompanhado justifica-se pela provável existência diminuta do risco, tendencialmente, por serem os atos de menor monta, o que faz considerar o possível risco como aceitável para o Direito, consoante ser ele submetido tanto ao acompanhado e como também ao maior não acompanhado¹⁴¹.

Enuncia-se que o rol de direitos pessoais trazido pelo art. 147.º, do CC, apresenta-se como explicativo, tendo em vista a existência de mais direitos pessoais que os mencionados pelo legislador¹⁴², bem como pelo uso da terminologia “entre outros¹⁴³” no dispositivo legal.

¹⁴⁰ BARBOSA, Mafalda Miranda - *Op. Cit.*, 2022. p. 248.

¹⁴¹ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – *Op. Cit.*, 2019. p. 130.

¹⁴² BARBOSA, Mafalda Miranda – *Op. Cit.*, 2022. p. 248.

¹⁴³ CÓDIGO CIVIL – *Op. Cit.*

Adverte Sônia Moreira¹⁴⁴ que as restrições quanto a aptidão para se casar, perfilhar e testar, respectivamente trazidas pelos art. 1601.º, 1850.º e 2189.º, todos do CC, referem-se à capacidade de gozo, que só poderão ser limitadas quando especificamente individualizadas na decisão judicial, diante da presunção da plena capacidade negocial de gozo trazida pelo novo sistema.

No mesmo sentido, adverte Pedro Leitão Pais de Vasconcelos que as medidas que afetem as situações jurídicas pessoais ou os atos da vida corrente devem ser específicas, individualizadas e não produzidas de forma genérica, mas submetidas a uma especial fundamentação¹⁴⁵.

O sistema do acompanhamento de maior rompe com o modelo de substituição da vontade, de forma que para materialização da medida deve-se fazer um delineamento individualizado dos poderes-deveres do acompanhante em relação a necessidade do acompanhado e, por presunção da plena capacidade, somente sob circunstâncias justificadas e estritamente excepcionais (disposição legal ou por decisão judicial) poderá existir restrição a capacidade do beneficiário.

Desta feita, qualquer medida de apoio deve restringir a resposta à situação de capacidade diminuída, com o fito de assegurar as necessidades do acompanhado, o exercício dos seus direitos e o cumprimento dos seus deveres quando a remoção da situação limitativa¹⁴⁶.

4.5. O Valor dos Atos Praticados pelo Acompanhado

Os atos realizados pelo acompanhado que não correspondam aos instrumentos de acompanhamento serão anuláveis desde que, sejam posteriores ao registro da medida (art. 154.º, n.º 1, a, do CC).

Caso os atos tenham sido praticados depois de anunciado o início do processo, mas antes da decisão do juiz, eles serão considerados anuláveis após a decisão final de acompanhamento e desde que tenha causado prejuízo ao acompanhado¹⁴⁷ (art. 154.º, n.º 1, b, do CC).

Note-se, que o caráter da prejudicialidade deve ser analisado, *in casu*, considerando a capacidade do sujeito no instante da prática do ato, considerando o discernimento, a vontade e

¹⁴⁴ MOREIRA, Sônia – *Op. Cit.* p. 240.

¹⁴⁵ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – *Op. Cit.*, 2019. p. 131.

¹⁴⁶ VÍTOR, Paula Távora. *Op. Cit.*, 2018. p. 140.

¹⁴⁷ MOREIRA, Sônia – *Op. Cit.* p. 242.

a inteligência do seu conteúdo¹⁴⁸.

Uma questão que se levanta e que deve ser vista com cautela relaciona-se a publicidade. Divergindo do anterior regime (que determinava o anúncio da proposição da acção - antiga redação do art. 149.º, n.º 1, do CC), o atual sistema limita a publicidade ao estritamente necessário para a defesa dos interesses do beneficiário ou de terceiros, donde deve ser decidida, em cada caso, pelo tribunal (art. 153.º, n.º 1, do CC)¹⁴⁹.

É relevante a sensibilidade do ordenamento quanto os efeitos nocivos da decisão, contudo deve-se empregar a devida cautela, tendo em vista ser possível que, no caso concreto, um juiz venha a entender pela desnecessidade da publicidade e, mais tarde, um terceiro venha a contratar com o futuro acompanhado por carência de informação¹⁵⁰.

Dessa feita, faz-se imprescindível tornar contundente o sentido da norma, de proteção do maior acompanhado, de forma a permitir ao menos uma mínima publicidade, para que no futuro o beneficiário da proteção não venha a ser desguarnecido da mesma¹⁵¹.

A lei acrescenta no n.º 2 que o termo inicial para a propositura da acção de anulação “só começa a contar-se a partir do registo da sentença¹⁵²”, contudo apresenta-se omissa quanto ao prazo e quanto aos legitimados para arguição da anulabilidade.

No anterior regime a solução para tal desiderato era fácil, vez que o legislador equiparava o interdito ao menor (anterior redação do art. 139.º, do CC) e determinava a aplicação supletiva das regras da interdição à inabilitação (anterior redação do art. 156.º, do CC), o que referendava a subsunção da regra quanto a anulabilidade dos actos praticados pelos menores insculpida no art. 125.º, do CC, de que a acção deveria ser proposta “no prazo de um ano a contar do conhecimento que o requerente haja tido do negócio impugnado¹⁵³”.

Com a vigência da Lei n.º 49/2018 o maior não é mais tido como incapaz mesmo que haja pelo acompanhamento a restrição da sua capacidade jurídica, o que faz inexistir a equiparação do beneficiário ao menor, deixando de ser aplicado automaticamente o art. 125.º, do CC¹⁵⁴. Em consequência, com a ausência de previsão especial, deveria ser observado o prazo geral do art. 287.º, do CC, de um ano a contar da cessação do vício¹⁵⁵.

Contudo, tal aplicação da regra geral destoa com a teleologia do sistema de proteção do

¹⁴⁸ BARBOSA, Mafalda Miranda - *Op. Cit.*, 2018. p. 71.

¹⁴⁹ MOREIRA, Sônia – *Op. Cit.* p. 243.

¹⁵⁰ *Idem – Ibidem.*

¹⁵¹ MOREIRA, Sônia – *Op. Cit.* p. 243.

¹⁵² CÓDIGO CIVIL – *Op. Cit.*

¹⁵³ *Idem – Ibidem.*

¹⁵⁴ BARBOSA, Mafalda Miranda – *Op. Cit.*, 2022. p. 255.

¹⁵⁵ BARBOSA, Mafalda Miranda - *Op. Cit.*, 2018. p. 254.

incapaz, pelo que se urge reconhecer a omissão legislativa para subsumir o fato ao art. 10.º, do CC, o qual determina o emprego de outro caso análogo ao caso omissio.

Assim, como o caso análogo de restrição à capacidade, apresenta-se a inabilidade decorrente da menoridade, enquadrado na dicção do art. 125.º, n.º 1, do CC, por melhor representar a concepção axiológica do instituto do maior acompanhado.

Dessa feita, apregoa-se que melhor solução que se adequa ao novo regime, diante da ausência legislativa, é a do art. 125.º, n.º 1, do CC, contando o prazo de um ano partir conhecimento do negócio impugnado e, que apenas começará a fluir do dia em que a sentença de acompanhamento for registrada, consoante determinação do art. 154.º, n.º 2, do CC¹⁵⁶.

Quanto a legitimidade, matéria também omissa do legislador civilista, sucede a observância do Código de Processo Civil (CPC), nos arts. 16.º e 19.º porquanto estabelecem que “os incapazes só podem estar em juízo por intermédio dos seus representantes, ou autorizados¹⁵⁷” e que “os inabilitados podem intervir em todas as ações em que sejam partes e devem ser citados quando tiverem a posição de réus, sob pena de se verificar a nulidade correspondente à falta de citação, ainda que tenha sido citado o curador¹⁵⁸”.

Havendo o falecimento do acompanhado, a legitimidade recairá sub seus herdeiros, que, segundo Mafalda Miranda Barbosa entoa-se da seguinte forma, se o falecimento ocorrer após o levantamento do acompanhamento o prazo será aquele restante para o de cujos, mas ocorrendo o falecimento antes do levantamento do acompanhamento o prazo de um ano contará do falecimento¹⁵⁹.

É possível que a prática do ato ocorra antes do anúncio do início do processo, ocasião em que deverá ser aplicado o regime da incapacidade acidental com a anulabilidade do ato (art. 154.º, n.º 3, do CC).

A anulação, contudo, depende, em um primeiro momento, que a pessoa, no momento da prática do ato, esteja incapacitada de determinar-se e de compreender o alcance da sua ação e, no segundo momento, que a incapacidade seja notória ou que haja conhecimento da contraparte dessa circunstância (hipótese em que a contraparte prescinde de proteção, porque sabia da incapacidade ou porque, pela diligencia de uma pessoa normal, deveria ter conhecimento da incapacidade)¹⁶⁰.

¹⁵⁶ MOREIRA, Sônia – *Op. Cit.* p. 244 e 245.

¹⁵⁷ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: Lei n.º 41/2013 - **Diário da República** n.º 121/2013, Série I de 2013-06-26. [Em linha]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2013-34580575>

¹⁵⁸ *Idem* – *Ibidem*.

¹⁵⁹ BARBOSA, Mafalda Miranda – *Op. Cit.*, 2022. p. 257.

¹⁶⁰ MOREIRA, Sônia – *Op. Cit.* p. 245 e 246.

Quanto a esses atos, a lei é, da mesma forma, omissa sobre o prazo e a legitimação para propositura da ação, devendo ser aplicada a mesma diretriz doutrinária dos atos realizados depois de anunciado o processo ou após o registro da sentença, sendo, pois do acompanhante a legitimidade respeitado o prazo de um ano a contar do conhecimento do negócio¹⁶¹.

4.6. Da Remoção e Exoneração do Acompanhante; Da Revisão, Modificação e Cessação do Acompanhamento

O regime do acompanhamento parte da ideia da manutenção da capacidade de exercício ao acompanhado. Assim, o sujeito, mesmo que submetido as medidas de acompanhamento não será excluído da sua capacidade, mas poderá tê-la limitada diante da análise da necessidade do caso concreto¹⁶².

Sob esta ideia de necessidade e justificação das medidas de proteção, a legislação prevê que o acompanhamento deve ser revisto conforme atribuído na sentença ou no mínimo de cinco em cinco anos para análise de eventual mudança das situações, bem como, se necessário, extinto, caso não haja mais a reunião das condições que outrora o justificou (art. 155.º, do CC).

Os efeitos da decisão de cessação ou modificação do acompanhamento podem retroagir a data que foram verificadas as causas que modificaram ou cessaram o fato (art. 149.º, n.º 2, do CC).

O acompanhado, contudo, não precisa aguardar o prazo da revisão periódica para alcançar a análise das causas justificantes da medida de acompanhamento, uma vez que o art. 149.º, n.º 3, do CC o legitimou, juntamente com as pessoas referidas no n.º 1 do art. 141.º, do CC, para requerer a cessação ou modificação do acompanhamento¹⁶³.

A legislação Civil prevê no art. 152.º a possibilidade da remoção ou a exoneração do acompanhante na vigência do acompanhando nos casos remissivos ao art. 1948.º a 1950.º em que o acompanhante “falte ao cumprimento dos deveres próprios do cargo ou revele inaptidão para o seu exercício¹⁶⁴” ou “que por facto superveniente à investidura no cargo se constitua nalguma das situações que impediriam a sua nomeação¹⁶⁵”.

O acompanhante, nos termos do art. 152.º combinado com o art. 144.º, ambos Código

¹⁶¹ *Idem* – *Op. Cit.* p. 246

¹⁶² BARBOSA, Mafalda Miranda - *Op. Cit.*, 2018. p. 62.

¹⁶³ MOREIRA, Sônia – *Op. Cit.* p. 248.

¹⁶⁴ CÓDIGO CIVIL – *Op. Cit.*

¹⁶⁵ *Idem* – *Ibidem*.

Civil, pode pedir a escusa e exoneração do poder-dever de acompanhar o beneficiário, caso sobrevenha as razões para escusa expressas no art. 1934.º, do CC.

Nesse sentido, exsurge que o sistema do instituto do maior acompanhado promove a inviolabilidade e a intangibilidade dos direitos fundamentais do beneficiário, núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, de modo que a restrição à capacidade apenas será idônea quando apresentar-se como medida essencial e propulsora da liberdade, da capacidade e da autonomia do maior.

O CONSENTIMENTO E O DISSENTIMENTO INFORMADO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

1. A Face Jurídica da Relação Médico-Paciente

Durante séculos a relação intersubjetiva médico-paciente apresentou-se pautada no paternalismo, na relação vertical e assimétrica, em que o médico desempenhava um papel preponderante e ativo e, o paciente, uma atribuição de submissão passiva¹⁶⁶.

O paternalismo constituiu o cânone de excelência dessa relação por longos anos, desde a escola hipocrática até o século XX. Esta arte de curar elevou os princípios da beneficência e da não maleficiência ao dever moral do médico de fazer o bem a todo custo, levando em consideração apenas seus critérios profissionais, ou seja, deixando de lado as opiniões e os desejos dos pacientes¹⁶⁷.

Assim, a alta carga assistencial, a assimetria entre o médico e o paciente, este historicamente passivo, impediram o desenvolvimento da comunicação na relação médico-paciente¹⁶⁸.

Mas, a partir da década de 1960 iniciou-se o chamado processo de emancipação do paciente, convertendo o liame numa relação progressiva e horizontal¹⁶⁹. O reconhecimento da autonomia do paciente fez quebrantar a antiga premissa de que a doença o conduziria à incapacidade de decisão¹⁷⁰.

Foi, nesse sentido, que a relação médico-paciente deixou de ser uma disciplina empírica para se tornar um sistema de inter-relação, que por meio do diálogo e coordenação propiciou a troca de informação essencial ao bidirecionamento da relação de saúde¹⁷¹.

A esse respeito, apresentou-se o paradigma horizontal e democrático de decisões compartilhadas entre o profissional de saúde e o paciente¹⁷², que fez modificar o conteúdo moral

¹⁶⁶ MARTÍNEZ, Joaquín Ocampo - La bioética y la relación médico-paciente. **Cirugía y Cirujanos**. [Em linha]. Mexico: Medigraphic. 2002 – Vol. 70, n.º 1, enero-febrero. [Consult. 10 jan. 2023]. Disponível em: <https://www.medigraphic.com/pdfs/circir/cc-2002/cc021k.pdf>. p.56.

¹⁶⁷ CANETE, Roberto; GUILHEM, Dirce; BRITO, Katia - Consentimiento informado: algunas consideraciones actuales. **Acta bioeth.** [Em linha]. Santiago. 2012. V. 18, n.º 1, junho. [Consult. 10 jan. 2023]. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2012000100011&lng=es&nrm=iso.>. accedido en 07 feb. 2023. <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X201200010001>. p. 5.

¹⁶⁸ *Idem. Ibidem.*

¹⁶⁹ MARTÍNEZ, Joaquín Ocampo – *Op. Cit.* p.56.

¹⁷⁰ *Idem. Ibidem.*

¹⁷¹ CANETE, Roberto; GUILHEM, Dirce; BRITO, Katia – *Op. Cit.* p.3 e 6.

¹⁷² *Idem. Ibidem.*

tanto do princípio da beneficência, quanto do princípio da não maleficência, ao consagrar além da benesse defendida pelo médico, àquela considerada importante pelo paciente para si¹⁷³.

A transmutação para um paradigma mais participativo das relações de saúde, delineado no trato de doentes e não de doenças, refletiu a convergência entre as ações médicas e as diferentes ideias dos pacientes, consoante o diálogo e as articulações perceptivas pluralistas¹⁷⁴.

Dentro dessa seara, a proeminência do consentimento informado ganhou destaque, do que sobrepujou o art. 5º da CEDH Bio¹⁷⁵, ao estabelecer que qualquer intervenção no domínio da saúde apenas pode realizar-se após o consentimento livre e esclarecido da pessoa em questão. Este consentimento não se restringe a uma formalidade, mas um direito fundamental do paciente¹⁷⁶.

Assim, a teologia da relação, em matéria de cuidados de saúde, tencionou a mudança da pauta religiosa para o manto da juridicidade, o que, factualmente, inseriu a relação médico-paciente (médico de uma entidade privada) sob a ótica jurídica de contrato¹⁷⁷.

A juridicidade da relação contratual tornou-se por fundamentar-se na paridade entre as partes e, na autonomia e liberdade, tanto do médico quanto do paciente, com a presença de direitos e deveres recíprocos (art. 405.º, do CC.¹⁷⁸), porquanto, fez-se apresentar-se como a concretização de um negócio jurídico bilateral advindo do ajuste de duas ou mais vontades.

O contrato de cuidado de saúde se fez apresentar adjetivado como de prestação de serviço, definido com base em seu conteúdo, ou seja, no ato obrigacional médico, relacionado não apenas com a obrigação de restituir ou promover a saúde, mas também de suavizar os sofrimentos do paciente (art. 31.º, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos¹⁷⁹).

Em sua estrutura o contrato de cuidado de saúde apresenta-se com bastante vastidão¹⁸⁰, visto haver, via de regra, no âmbito do contrato principal, a prática de vários e consecutivos tipos de contratos acessórios de serviço médico, como por exemplo os contratos de consulta, de

¹⁷³ MARTÍNEZ, Joaquín Ocampo – *Op. Cit.* p.58.

¹⁷⁴ CANETE, Roberto; GUILHEM, Dirce; BRITO, Katia – *Op. Cit.* p. 6.

¹⁷⁵ RESOLUÇÃO DA ASSEMBLÉIA DA REPÚBLICA n.º 1/2001 - **Diário da República** n.º 2/2001, Série I-A de 2001-01-03. [Em linha]. [Consult.08 jun. 2022]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/resolucao-assembly-republica/1-2001-235128>

¹⁷⁶ LOUREIRO, Carlos Loureiro; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (coordenadores) - *Convenção Para A Proteção Dos Direitos Do Homem E Da Dignidade Do Ser Humano Face As Aplicações Da Biologia E Da Medicina - 20 Anos De Vigência Em Portugal*. [Em linha]. Coimbra: Centro de Direito Biomédico, 2022. ISBN: 978-989-9075-21-4. p. 135.

¹⁷⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: estudo de direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 212761/2004. p.32.

¹⁷⁸ CÓDIGO CIVIL – *Op. Cit.*

¹⁷⁹ CÓDIGO DEONTOLÓGICO DA ORDEM DOS MÉDICOS: Regulamento n.º 14/2009, de 13 de Janeiro - **Diário da República** n.º 8/2009, Série II de 2009-01-13, páginas 1355 – 1369. [em linha]. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/regulamento/14-2009-3412890>.

¹⁸⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 33.

realização de exame, de tratamento e de cirurgia, cada um deles podendo configurar-se como um contrato de execução de um contrato quadro de prestação de serviço médico¹⁸¹.

O dever jurídico privado na seara médica concebe-se através da declaração negocial, que, pelo direito português, pode acontecer de forma expressa ou tácita (art. 217.º, do CC¹⁸²) devendo, porém, em todos os casos, haver a instrução, o esclarecimento e a informação do paciente quanto ao ato ou procedimento a ser realizado, segundo as regras atinentes a boa-fé objetiva presente tanto nas preliminares quanto na formação dos contratos (art. 227.º, do CC.¹⁸³).

No campo da formação, os contratos, em regra, decorrem do modelo clássico composto pela proposta e aceitação, contudo, enuncia Hígina Castelo que o contrato de prestação de serviço médico não se restringe a singela proposta e aceitação estampadas no Código Civil português, mas podem se desprender do diálogo concentrado, algumas vezes da confirmação por escrito ou de modelos com cláusulas pré-definidas¹⁸⁴.

Trata-se, assim, a relação médico-paciente de um contrato inscrito na modalidade de prestação de serviço, trazido pelo art. 1154.º, do CC.¹⁸⁵, donde dispensa-se o vínculo de autoridade ou sujeição entre as partes, mas, sobreleva a concepção de independência do prestador de serviço – médico – que apresentará um “certo resultado¹⁸⁶”.

A relação médico-paciente, apesar de inserida no gênero contratual de prestação de serviço não se encaixa nas 3 (três) modalidade típicas de contrato de prestação de serviço – mandato, depósito e empreitada – trazidas pelo art. 1155.º do Código Civil.

Não se enquadra como depósito, por não se destinar a guarda e a conservação de uma coisa a ser restituída¹⁸⁷. Não se insere, tão quanto, como empreitada, por não considerar o ato médico como a realização de uma obra. E, por fim, não se fixa como mandato, por não configurar o ato médico como um ato jurídico¹⁸⁸.

Trata-se, assim, a relação médico-paciente de um contrato qualificado de prestação de serviço, que, segundo Carlos Ferreira de Almeida insere-se como de tipo social e nominado,

¹⁸¹ CASTELO, Hígina – Informação e Consentimento Informado como Declarações Contratuais; Relevância em Situações de Incumprimento. **Lex Medicinæ**. Instituto Jurídico: Coimbra, Ano 18, n.º 36 (2021). ISSN 214044/04. p.148.

¹⁸² CÓDIGO CIVIL – *Op. Cit.*

¹⁸³ *Idem. Ibidem.*

¹⁸⁴ CASTELO, Hígina – *Op. Cit.* p.148.

¹⁸⁵ CÓDIGO CIVIL – *Op. Cit.*

¹⁸⁶ *Idem. Ibidem.*

¹⁸⁷ *Idem. Ibidem*, Art. 1185.º.

¹⁸⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito das Obrigações: contratos em especial**. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. III, 7.ª edição. p. 438.

alcançando-se como contrato socialmente típico¹⁸⁹, por refletir um contrato proveniente de uma realidade constante e reconhecida como vinculativa, incluído na classificação dos contratos de prestação de serviço, no âmbito da prestação de trabalho intelectual, inscrito no art. 1154.º, do Código Civil¹⁹⁰.

Exsurge como característica do contrato médico a natureza *intuitu personae*, onde a confiança entre as partes é elemento essencial, derogado às normas de proteção dos consumidores, celebrados, em regra, de forma oral, sem negociações preliminares, submetidos, na maioria das vezes, ao instituto da integração social (art. 239.º, do CC.)¹⁹¹.

Diz-se que os contratos de prestação de serviços intelectuais médicos se subsomem, primeiramente, às regras imperativas da profissão médica, dos direitos dos consumidores, dos deveres e direitos dos pacientes, de forma secundária, à integração, aos costumes, às normas deontológicas e aos usos e, sob o terceiro viés, analogicamente, às normas dos contratos mandatos e de empreitada com as necessárias adaptações, consoante aplicação do art. 1156.º, do Código Civil¹⁹².

Observa-se, desse modo, que a inexistência da declaração do paciente, ou seja, do consentimento ou dissentimento informado, reflete a ausência do concurso de vontade, o que reverbera um não contrato, eivado de nulidade absoluta¹⁹³.

Os traços integrantes da relação médico-paciente nutrem-se pela horizontalidade, pela presença dos direitos e deveres das partes, dentre os quais destaca-se a autodeterminação, seja do médico - na escolha dos procedimentos, tratamentos e material a ser utilizado, seja do paciente - operada no consentimento ou dissentimento motivado, estando ambos os sujeitos em igualdade paritária na relação contratual.

Dessa forma, estabelece-se que a mudança do paradigma trouxe à baila o respeito a autodeterminação do paciente manifestada pelo consentimento ou dissentimento informado, que fez considerar a pessoa humana como elemento central da relação consoante a elevação da dignidade da pessoa humana¹⁹⁴.

Nesse viés, é imperioso que toda atuação no campo de saúde pressagie a autorização do paciente, adicionalmente manifestada depois do recebimento de informações adequadas, sob

¹⁸⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de *apud* PEREIRA, André Gonçalo Dias – **Op. Cit.**, 2004. p. 34 e 35.

¹⁹⁰ *Idem. Ibidem.*

¹⁹¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **Op. Cit.**, 2004. p. 37.

¹⁹² PEREIRA, André Gonçalo Dias – **Op. Cit.**, 2004. p. 37 e 38.

¹⁹³ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **Op. Cit.**, 2004. p. 39 e 40.

¹⁹⁴ FERNANDEZ, Manuel Ortiz – La Informacion en el Ambito Sanitario en España: Analisis de Algunas Situaciones Controvetidas. **Lex Medicina**. Instituto Jurídico: Coimbra, Ano 18, n.º 36 (2021). ISSN 214044/04. p.172.

pena de haver o consentimento desinformado, considerado inválido e involuntário¹⁹⁵.

Por esse viés, denota-se que a consagração dos direitos humanos refletiu na autonomia individual, consoante reconheceu a autodeterminação e a livre escolha de cada sujeito¹⁹⁶.

Sob o avanço da bioética, é insofismável afirmar, que a qualidade de vida, como valor, ultrapassa o apropriado fato de viver, que sentir-se vivo não é a mesma coisa de estar saudável e, que a dignidade da pessoa humana não habita somente no fato de existir, mas preponderantemente em viver de acordo com os anseios, objetivos, esperanças e valores essenciais a cada paciente.

Dessa feita, o respeito a autonomia do paciente exsurge como um valor inquestionável e, pelo respeito pela autodeterminação do paciente é que a tomada de decisão unilateral se transformou na tomada de decisão compartilhada, vez que ambas as partes compartilham a autonomia como valor e, o seu exercício, como direito¹⁹⁷.

2. Bens Jurídicos Protegidos na Consagração do Consentimento e do Dissentimento Informado

O consentimento e o dissentimento, através da mudança de paradigma, inseriram-se como pedra angular na relação médico-paciente. Assim, o paternalismo médico, baseado na ideia de que os profissionais de saúde são os mais conhecedores da ciência médica e que, por isso, não deveriam valorizar as opiniões dos pacientes, rompeu-se pela concepção da autonomia individual que fez preponderar ao doente o direito a ter a sua vontade respeitada, tanto numa vertente positiva, no consentimento, quanto em uma vertente negativa, no dissentimento¹⁹⁸.

Nesse sentido, o consentimento e o dissentimento fixaram-se como uma autônoma *lex artis*, tendo em vista que a boa prática médica requerer a manifestação do paciente prévia, livre e espontânea sobre os cuidados de saúde¹⁹⁹.

A violação da *leges artis* médica, das regras da arte médica, ou seja, do conjunto das

¹⁹⁵ FERNANDEZ, Manuel Ortiz – *Op. Cit.* p.173.

¹⁹⁶ MARTÍNEZ, Joaquín Ocampo – *Op. Cit.* p.57.

¹⁹⁷ MARTÍNEZ, Joaquín Ocampo – *Op. Cit.* p. 58.

¹⁹⁸ NEVES, Maria Raquel – Responsabilidade Penal do Médico. **Revista Formação Ministério Público**. 1ª ed. [Em linha]. Centro de Estudos Judiciários: Lisboa, 2015. p.130. [Consult. 15 jan. 2023]. Disponível em: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=kvtDHXKR57k%3D&portalid=30>.

¹⁹⁹ RAPOSO, Vera Lúcia – **Do Regime das Inversões Médico-Cirúrgicas Arbitrárias**. [Em linha].[sl]: [sn], [sd]. p.1. [Consult. 15 jan. 2023]. Disponível em https://www.vda.pt/xms/files/v1/Publicacoes_/Artigo_VLR_-Do_Regime_das_Intervencoes_Medico-Cirurgicas_Arbitrarias_no_Codigo_Penal_Portugues_-Out2013-.pdf

boas práticas que os profissionais de saúde devem observar no exercício da medicina²⁰⁰ acarreta a responsabilização disciplinar, jurídica e deontológica do profissional²⁰¹.

Trata-se da observância dos direitos fundamentais do paciente, do respeito a autodeterminação pessoal diante da tomada de decisão em matéria de cuidados de saúde²⁰².

O Código Penal Português, nesse sentido, tornou por criminalizar as ações médicas arbitrárias, ou seja, àquelas apartadas do consentimento do paciente, sobrelevando o direito à autodeterminação sob o direito à vida²⁰³.

O art. 156.º, n.º 1, do CP. estabelece que “As pessoas indicadas no artigo 150.º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.”²⁰⁴

De forma remissiva, preconiza o art. 150.º do CP. que não são consideradas ofensas à integridade física as intervenções e os tratamentos médicos-cirúrgicos desde que respeitem a *leges artis*, que sejam indicados e praticados por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada e que tenha finalidade terapêutica, de acautelar, diagnosticar, conter ou aliviar doença, aflição, lesão ou fadiga corporal, ou agitação mental²⁰⁵. Trata-se de um preceito que define a atipicidade de certas condutas, desde que observados pressupostos cumulativos²⁰⁶. Assim, a atuação do médico nos termos do art. 150.º, n.º 1, do CP., mesmo que cause dano ao corpo, vida ou saúde do paciente²⁰⁷, não se configura como conduta tipificada de ofensa a integridade física ou homicídio negligente²⁰⁸.

É, pois, com base nas intervenções e tratamentos médicos trazidos pelo art. 150 que o tipo penal do art. 156.º comina por exigir o consentimento do paciente. E, não apenas nas intervenções medicamente indicadas, mas, também nas condutas não abarcadas pelo art. 150.º, n.º 1, como nas esterilizações e tratamentos estéticos, que também é exigido o consentimento, cuja ausência resultará não no tipo penal da intervenção-medico arbitrária (art. 156.º, n.º 1, do CP.), mas na tipicidade das ofensas corporais (art. 143.º e seguintes, do CP.)²⁰⁹.

A intervenção realizada sem o consentimento do paciente acarreta violação à liberdade,

²⁰⁰ NEVES, Maria Raquel – *Op. Cit.* p.127.

²⁰¹ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013a. p.2.

²⁰² *Idem. Ibidem.*

²⁰³ *Idem. Ibidem.*

²⁰⁴ CÓDIGO PENAL: Decreto-Lei n.º 48/95 - Diário da República n.º 63/1995, Série I-A de 1995-03-15. [em linha]. <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>.

²⁰⁵ *Idem. Ibidem.*

²⁰⁶ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013a. p.3.

²⁰⁷ NEVES, Maria Raquel – *Op. Cit.* p.126.

²⁰⁸ NEVES, Maria Raquel – *Op. Cit.* p.134.

²⁰⁹ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013a. p.4.

ou seja, a autodeterminação, não lesa a integridade física, porquanto atípica a conduta²¹⁰. Assim, elucida André Gonçalo Dias Pereira que o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal português, na seara das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, refere-se à liberdade pessoal no âmbito da autodeterminação individual²¹¹.

Ainda nesse sentido, preconiza Vera Lúcia Raposo que a autodeterminação do paciente evidencia dupla vertente, a primeira, tendente a forçar a criminalização das intervenções médico-cirúrgicas praticadas apartadas da vontade do paciente e, a segunda, tendente a obstar a criminalização por violação a liberdade pessoal das condutas médicas que respeitem a vontade do paciente²¹².

Em solução diferente da ordenação legislativa penal, diante de sua fragmentariedade e de ser considerada à *ultima ratio*²¹³, encontra-se a proteção juscivilística do consentimento informado com índole conceitual e interpretativa mais ampliativas. E, nesse sentido, ecoa-se a dilatação do conceito de lesão ou violação à integridade física no âmbito civil, donde engrandece o bem jurídico protegido nas intervenções médicas arbitrárias que inclui além da liberdade de decisão a integridade física e moral²¹⁴.

Assim, pela cláusula geral de tutela da personalidade trazida pelo art. 70.º, do Código Civil, haverá proteção legal contra qualquer ofensa a direito da personalidade, nele compreendido além da liberdade individual, à integridade física e moral, ao próprio corpo, à proteção a saúde²¹⁵.

Trata-se de um escopo mais amplo, enquanto no plano penal o bem protegido pela intervenção médica sem consentimento refere-se à liberdade individual, no plano civil tutela-se ampliativamente também a integridade física e moral.

²¹⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias – Consentimento Informado e Bens Jurídicos no Direito Penal e no Direito Civil. **Revista Formação Contínua**. [Em linha]. Centro de Estudos Judiciários: Lisboa, 2020. p.19. [Consult. 15 jan. 2023]. Disponível em: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=kBS6KaykToo%3D&portalid=30>.

²¹¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **Op. Cit.**, 2004. p.111.

²¹² RAPOSO, Vera Lúcia – **Op. Cit.**, 2013a. p.5.

²¹³ FERNANDES, Joana Carvalho – Responsabilidade Penal do Médico: enquadramento jurídico, prática e gestão processual. **Revista Formação Ministério Público**. 1ª ed. [Em linha]. Centro de Estudos Judiciários: Lisboa, 2021, p.85. [Consult. 20 jan. 2023]. Disponível em: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=kvtDHXKR57k%3D&portalid=30>.

²¹⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias – **Op. Cit.**, 2004. p.121.

²¹⁵ FERNANDES, Luís Carvalho; PROENÇA, José Brandão - Comentário ao Código Civil – parte geral. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014. ISBN 978-972-54-0423-2. p.70.

3. A Natureza Jurídica do Consentimento e do Dissentimento Informado

A busca pela definição da natureza jurídica do consentimento e do dissentimento que o paciente presta no âmbito dos cuidados de saúde perpassa pela declaração da sua essência e pela composição adequada à uma figura jurídica.

Historicamente o consentimento e o dissentimento eram considerados negócios jurídicos²¹⁶, conquanto celebrados entre o paciente e profissional de saúde, diante do exercício da autonomia de vontade tendente a constituição de uma situação jurídica²¹⁷.

Tratava-se da manifestação de vontade de mais de uma parte – paciente e profissional de saúde – que apesar de conteúdos e declarações diferentes, ajustavam-se e convergiam-se reciprocamente para persecução de um resultado jurídico singular, por isso eram tidos como negócios jurídicos bilaterais²¹⁸.

Assim, entendia-se que o consentimento e o dissentimento prestado pelo paciente inseriam-se na categoria dos negócios jurídicos, vez que convergia além da bilateralidade negocial com conteúdos e interesses diferentes – por parte do paciente, de se submeter a intervenção ou tratamento e, por parte do profissional de saúde, de realizar os cuidados de saúde – apresentava a convergência dessas vontades para a produção de efeitos jurídicos.

Hodiernamente, o consentimento e o dissentimento compreendem-se inscritos como ato jurídico *stricto sensu*²¹⁹, uma vez que representam uma manifestação de vontade cujo efeito está determinado na lei, diferente dos negócios jurídicos em que existem declarações de vontades que se confluem sob o objeto cujos efeitos são ajustados pelas partes. Trata-se, assim, de uma manifestação de vontade praticada diante da autonomia individual, cujos efeitos são deferidos pela lei e independem da vontade da parte²²⁰.

O consentimento para a prática dos cuidados de saúde, como ato jurídico *stricto sensu*, insere-se na categoria do subtipo do consentimento tolerante e apresenta-se como excludente da ilicitude, nos termos do art. 340.º, do CC., pelo que faz desconstituir a ilicitude da conduta lesiva do agente²²¹.

²¹⁶ PEREIRA, André Gonçalves Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 135.

²¹⁷ RODRIGUES, Silvio – *Op. Cit.* p. 170 e 171.

²¹⁸ RODRIGUES, Silvio – *Op. Cit.* p. 178.

²¹⁹ PEREIRA, André Gonçalves Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 136.

²²⁰ RODRIGUES, Silvio – *Op. Cit.* p. 156.

²²¹ CAPELO DE SOUSA apud COUTINHO, Diana Sofia Araujo – **Temas de Direito Privado: direito privado na contemporaneidade, desafios e perspectivas – Responsabilidade Civil Médica: uma breve reflexão sobre o regime jurídico do consentimento informado no direito civil.** [Em linha]. Braga: Escola de Direito da Universidade de Minho, 2015. [Consult. 20 jan. 2023]. p. 18. 978-ISBN: 989-97970-6-2. Disponível em: https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/50354/1/LIVRO_DIANA_COUTINHO%20%281%29-53-79.pdf.

Diferente, do que acontece com o consentimento autorizante²²² e vinculante²²³ que integram os negócios jurídicos e não se relacionam com os atos de cuidados de saúde²²⁴.

Revela-se, no esclarecimento desse ponto, que o consentimento em matéria de cuidados de saúde deve ser analisado sob um duplo viés, o primeiro, denominado de consentimento-aceitação, prestado na celebração do contrato de serviços médicos, consubstanciado como uma declaração de vontade negocial²²⁵ e, o segundo, denominado de consentimento-assentimento, imperioso antes da intervenção ou tratamento médico, substancializado na autorização para a prática de qualquer ação do profissional de saúde, insculpido como ato jurídico *stricto sensu*²²⁶.

Sob esse prisma, fácil denota-se que o consentimento-aceitação não se traduz como tolerante, não se subsumido as regras do art. 217.º e ss. do CC., sendo, pois, prestado como uma declaração negocial, sob os interesses das partes envolvidas tendente a produção dos efeitos desejados na orbita jurídica, do que, o caracteriza como consentimento autorizante ou vinculante²²⁷. Por seu turno, observa-se o consentimento ou a recusa prestada antes do ato médico que se traduz como excludente de ilicitude, conforme art. 340.º do CC., sendo, pois, considerado um ato jurídico *stricto sensu*, em que há liberdade de celebração, contudo com efeitos determinados *ex lege*, ou seja, independentes da vontade dos sujeitos²²⁸.

Elucida Diana Sofia Araújo Coutinho que o consentimento e o dissentimento para os cuidados de saúde serão subsumidos as regras, com as devidas adaptações, dos negócios jurídicos, inscritas no art. 295.º, do CC., contudo, com peculiaridades próprias como a possibilidade de revogação, aplicação do art. 81.º, n.º 2, do CC. e, o respeito aos princípios dos bons costumes e ordem pública, inseridos nos arts. 81.º, n.º 1, 280.º, n.º 2 e 340.º, n.º 2, todos do Código Civil.²²⁹

Exorta-se, segundo André Gonçalo Dias Pereira que o consentimento informado, analisado no âmbito dos cuidados de saúde, donde respeita a autonomia do paciente, consoante subordina-se ao dever de informação sobre fatos e processos envolvidos no diagnóstico para possibilitar uma ulterior tomada de decisão, se traduz ato jurídico *stricto sensu*, no subtipo do consentimento tolerante, do que se harmoniza com a liberdade de revogação, entretanto

²²² Através do consentimento autorizante torna-se atribuído o poder jurídico de agressão, no entanto com a sua possibilidade de revogação a qualquer tempo, mediante “obrigação de indenizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte” – art. 81, CC. - PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 131.

²²³ Caracteriza-se o consentimento vinculante como irrevogável unilateralmente, nos moldes do artigo 230.º e ss. e 406.º, todos do Código Civil. - PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 133.

²²⁴ COUTINHO, Diana Sofia Araujo – *Op. Cit.* p.70

²²⁵ *Idem. Ibidem.*

²²⁶ CAPELO DE SOUSA apud PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 136.

²²⁷ COUTINHO, Diana Sofia Araujo – *Op. Cit.* p.71

²²⁸ *Idem. Ibidem.*

²²⁹ COUTINHO, Diana Sofia Araujo – *Op. Cit.* p. 71.

dissociado da obrigação de indenização, vez que não se assenta em qualquer expectativa legítima do profissional de saúde²³⁰.

4. A Declaração do Consentimento e do Dissentimento

Após a adequação do consentimento e do dissentimento em matéria de cuidados de saúde como ato jurídico *stricto sensu*, inscrito no subtipo do consentimento tolerante, passa-se ao enquadramento das suas modalidades exigidas para a prática do ato médico.

O consentimento e o dissentimento enquadram-se como uma manifestação de vontade, que, para tornar-se apta a autorizar ou recusar à prática de qualquer tratamento ou intervenção médica necessita traduzir uma declaração, uma exteriorização da vontade do paciente.

A declaração, elemento essencial para formação da relação jurídica, reflete a exteriorização da vontade, que implica, no âmbito dos cuidados de saúde, um ato exterior do paciente adequado a comunicar o profissional de saúde, destinatário, a intenção e o conteúdo de sua vontade íntima²³¹.

A noção da declaração é tratada de forma ampla pelo ordenamento jurídico português, referindo-se a “qualquer comportamento humano através do qual se exterioriza certo conteúdo de pensamento²³²”, do que faz subsistir, em matéria de formalismo negocial, o princípio da liberdade declarativa, liberdade de forma ou consensualidade²³³, insculpindo no art. 219.º, do CC., ao expressar que a “validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei a exigir²³⁴”.

Assim, como regra, existe a liberdade de declaração negocial, que pode ser, conforme art. 217.º, n.º 1, do CC., de modo expreso ou tácito, sendo considerada expressa a declaração “quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação da vontade, e tácita, quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam²³⁵”.

Ressalta-se, que tais diretrizes são aplicadas no âmbito dos cuidados de saúde em razão das disposições contidas no artigo 295.º, do CC., haja vista ser o consentimento informado

²³⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 133.

²³¹ FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Teoria Geral do Direito Civil II: fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica** – 5.ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. ISBN 9789725402740. p. 278.

²³² FERNANDES, Luís A. Carvalho – *Op. Cit.*, 2017. p. 280.

²³³ PINTO, Carlos Alberto Mota – *Op. Cit.* p. 393.

²³⁴ CÓDIGO CIVIL – *Op. Cit.*

²³⁵ *Idem. Ibidem.*

considerado um ato jurídico *stricto sensu*²³⁶.

Assim, para ser considerada excluída a ilicitude da lesão aos bens jurídicos pessoais – vida e integridade física – o consentimento do paciente pode ser prestado de forma tácita ou expressa²³⁷, sendo expresso quando feito por escrito ou oral e, tácito quando se deduzir de factos que, com toda a probabilidade, o revelem²³⁸.

Nesse sentido, observa-se acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, sob a relatoria de Gabriel Catarino ao expressar que para “ocorrer o (...) consentimento, basta para tal que a conduta do titular (...) revele um comportamento de tal modo (...) se possa inferir uma anuência desprendida ou inane²³⁹”.

Denota-se, assim, que para validade do consentimento tácito faz-se necessário que os sinais exteriores se apresentem como óbvio, transparente e indiscutível, ou seja, apartado de qualquer dúvida.

Há casos, contudo, que a legislação determina a necessidade de uma declaração expressa, de um consentimento direto e explícito do paciente. São hipóteses de intervenções mais gravosas, na maioria são as não terapêuticas, pois se lastreiam de sérios riscos laterais para o paciente. Como exemplo exorta-se a participação em ensaios clínicos (artigo 10.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 97/94), a doação de órgãos ou tecidos (artigo 19.º n.º 2, CEDHBio²⁴⁰) e os testes genéticos (artigo 7.º, n.º1, do Despacho n.º 9108/97, de 13 de Outubro)²⁴¹.

Exulta-se, a contrário senso, que as intervenções dos profissionais de saúde tidas como de rotina apartam da necessidade do consentimento expresso, insculpindo-se na relação de confiança por prestigiar o consentimento tácito ou presumido.

Conjuntamente com o consentimento expresso e tácito é importante referenciar sobre o consentimento presumido.

Reflexiona-se que o consentimento presumido deve ser diferenciado dos consentimentos “verdadeiros²⁴²”, tendo em vista haver, neste instituto, a falta de manifestação

²³⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 478.

²³⁷ PINTO, Carlos Alberto Mota – *Op. Cit.* p. 393.

²³⁸ CÓDIGO CIVIL - *Op. Cit.*

²³⁹ CATARINO, Gabriel Relat. - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o n.º 1581/07.3TVLSB.L1.S1, de 07 de junho de 2011. [Em linha]. [consult. 06 junh. 2022]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6190a514bc9d85cf802578aa003183d3?OpenDocument&Highlight=0,1581%2F07.3TVLSB.L1.S1>

²⁴⁰ CONVENÇÃO PARA A PROTECÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DA DIGNIDADE DO SER HUMANO FACE ÀS APLICAÇÕES DA BIOLOGIA E DA MEDICINA: CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM E DA BIOMEDICINA – **Procuradoria Geral da República**. [Em linha] [Consult. 21 jul. 2023]. Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>.

²⁴¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 478 a 481.

²⁴² PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 495.

do declarante, seja de forma expressa ou seja de forma tácita, através da realização de fatos que façam revelar a sua vontade.

Trata-se de modalidade de consentimento abarcada no art. 340.º, n.º 3, do CC.²⁴³, que exclui a ilicitude tendo em vista ser a lesão considerada como permitida quando resultar no interesse do lesado consoante sua vontade presumível²⁴⁴.

A harmonização do consentimento presumido se dá de forma subsidiária, ou seja, apenas nas situações em que o paciente esteja inconsciente ou por qualquer razão se encontre incapaz de consentir e, desde que não haja nomeação de um procurador de cuidados de saúde ou de um procurador legal ou da elaboração um testamento vital, somada a um contexto de urgência da intervenção²⁴⁵.

Assim, apenas nas situações emergenciais poderá o profissional da saúde, imbuído pelo princípio da beneficência, agir, configurando, pois, paralelamente, essa atuação com a gestão de negócio sem representação no âmbito do direito obrigacional²⁴⁶ (artigo 471.º, do Código Civil²⁴⁷).

A atuação do profissional de saúde, além de ser subsidiária, deve espelhar a vontade do doente, ou seja, deve ser realizada com base na vontade objetiva do paciente que fará assemelhar-se ao seu querer subjetivo presumido²⁴⁸.

Desse modo, para atuação, deve o profissional de saúde findar todos as maneiras possíveis de conhecimento da vontade do paciente, seja através de familiares, seja através do exame de documentos escritos que façam transparecer a vontade hipotética do utente²⁴⁹.

Apenas em situações improrrogáveis e urgentes é que se admite o manejo do consentimento presumido. Desta forma, tratamentos ou intervenções em que possam ser adiados, assim os devem ser, do que se aguardará a retomada da consciência do paciente para verdadeiramente expressar o seu consentimento.

O consentimento presumido, objetiva, dessa feita, o respeito à vontade hipotética do paciente. Por essa razão, deverá o profissional de saúde, na busca dessa vontade, exaurir todos os meios que possam habilitar a consecução do conhecimento presumível deste querer²⁵⁰.

Apesar do princípio da liberdade da forma, insculpido no art. 219.º, do CC.²⁵¹, em

²⁴³ CÓDIGO CIVIL - *Op. Cit.*

²⁴⁴ *Idem* – *Ibidem*

²⁴⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 495.

²⁴⁶ *Idem* – *Ibidem*.

²⁴⁷ CÓDIGO CIVIL - *Op. Cit.*

²⁴⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 495.

²⁴⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 496.

²⁵⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 498.

²⁵¹ CÓDIGO CIVIL - *Op. Cit.*

matéria de consentimento no âmbito dos cuidados de saúde prevalece, por regra o consentimento expresso²⁵², usualmente prestada de forma oral, contudo, com situações que a lei exige que este seja prestado sob forma escrita, por se tratarem de casos mais invasivos e delicados, do que requerem maior formalidade. Tal formalismo objetiva salvaguardar para a relação clínica a segurança jurídica e a vontade inequívoca e amadurecida do declarante, bem como, a prova cabal da declaração²⁵³.

Ressalta-se, outrossim, que o consentimento escrito não deve ser percebido como forma de substituto do consentimento expresso oral, mas como uma forma suplementar²⁵⁴ que tenciona além de materializar a prova do consentimento, a segurança jurídica e o amadurecimento da decisão escolhida pelo paciente.

Assim, o consentimento e o dissentimento garantem o respeito a autonomia do paciente em sua máxima, proporcionando que o doente tenha condições de decidir, mediante suas ponderações de valores através do esclarecimento médico se determinado tratamento ou intervenção lhe é aceitável ou não²⁵⁵.

5. Elementos Estruturais do Consentimento e do Dissentimento Informado

O consentimento e o dissentimento informados para serem considerados legalmente válidos devem ser prestados de forma livre, de modo atual ou sob uma atualidade prospectiva, por agente capaz após adequada informação e esclarecimento médico da intervenção ou tratamento proposto.

Trata-se, assim, para garantia da validade e eficácia do ato declaratório à necessária observância dos elementos estruturais comuns inerentes ao consentimento e ao dissentimento informados.

Aduz-se sobre a validade, por fazer referir à conformidade da declaração positiva ou negativa aos requisitos legais e éticos estabelecidos e, quanto a eficácia à exortar à capacidade de produção de efeitos da citada declaração, tanto do ponto de vista ético quanto legal, conjugando, dessa forma, que o consentimento ou o dissentimento válido tornará por

²⁵² COUTINHO, Diana Sofia Araujo – *Op. Cit.* p.73.

²⁵³ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 482.

²⁵⁴ NUNES, Rui - O consentimento informado na prática clínica: consentimento informado e boa prática clínica. **Julgar: Consentimento Informado**. Coimbra: Editora Coimbra, 2014. p.136-137.

²⁵⁵ BELTRÃO, Silvio Romero – O Consentimento Informado e a sua Dinâmica na Relação Médico-Paciente: Natureza Jurídica, Estrutura e Crise. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. [sl]:[sn]. Ano 1 (2015), n.º 2. p. 1.982 e 1993.

desempenhar um papel crucial no estabelecimento de uma relação médico-paciente baseada na confiança, na autonomia e no respeito aos direitos do paciente.

Nesse sentido, exortam-se como elementos estruturais do consentimento e do dissentimento: o dever de informação e esclarecimento, a voluntariedade e a capacidade para consentir.

5.1. O Dever de Informação e Esclarecimento

O dever de informação, como elemento estrutural do consentimento e do dissentimento informado refere-se ao fornecimento de informações relevantes, compreensíveis e suficientes sobre o procedimento médico, diagnóstico, tratamento ou intervenção proposta, permitindo que o paciente tome uma decisão informada.

Segundo André Gonçalo Dias Pereira, a partilha de informação com o doente deve ser compreendida como de significância autônoma ao direito do consentimento informado, tendo em vista a sua assunção como obrigação jurídica²⁵⁶.

A informação adequada, nesse contexto, refere-se à responsabilidade dos profissionais de saúde de compartilhar informações relevantes e compreensíveis com os pacientes, como um direito fundamental dos pacientes e uma obrigação profissional, estando, pois, alinhado aos princípios do respeito aos direitos dos pacientes e às regras de deontologia médica.

Assim, o profissional de saúde se faz constituir como devedor de uma obrigação autônoma perante o paciente, credor, obrigação esta de natureza fungível, nos termos do art. 767.º, do Código Civil^{257 258}.

Na relação médico-paciente o dever de informação médica refere-se à obrigação do profissional de saúde de fornecer informações completas, claras e compreensíveis ao paciente para que este possa, ao final ponderar e realizar a sua decisão motivada.

Trata-se da maximização do princípio da autonomia que soergueu novas diretrizes no âmbito da relação médico-paciente, donde sobrelevou à pessoa humana como ser capaz de gestão de sua vida e saúde consoante seus desejos e anseios.

Assim, a ideia do ser humano como autor de desejos, objetivos e anseios, e como protagonista das suas ações consoante sua pessoal rede de motivações, necessidades, aspirações

²⁵⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 351 e 353.

²⁵⁷ CÓDIGO CIVIL - *Op. Cit.*

²⁵⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 360.

e desígnios individuais²⁵⁹, fez preencher o núcleo central da organização jurídica e do primado ético da sociedade contemporânea.

Dado este sentindo, é forçoso pensar que, no âmbito dos cuidados de saúde, a ação/decisão seja tomada por àquele – dotado de querer, motivado pelos seus anseios, e não manipulada por um terceiro.

Encontra-se, assim, subjacente, que o respeito pela autonomia, reflexo da dignidade da pessoa humana, fez referendar o valor intrínseco do sujeito como base axiológica do sistema, avalizando a liberdade individual para autorrealização e, no âmbito da saúde, sustentando a capacidade do ser humano de formalizar suas escolhas de forma livre baseada na informação médica adequada, num viés de responsabilidade individual²⁶⁰.

O exercício do consentimento pressupõe o conhecimento racional da situação clínica, percebida através do esclarecimento do profissional de saúde que leva em consideração a capacidade volitiva do paciente de se autodeterminar com a informação disponível²⁶¹.

A imagem jurídica do consentimento, adequado ao dever de esclarecimento, forja a autonomia decisória do paciente que sob sua liberdade decide ou não sobre o processo de cuidados de saúde causal envolvido.

O respeito à autonomia, refletido na seara médica por meio do consentimento informado, refere-se ao processo de tomada de decisão individual de forma voluntária, livre e baseada na informação adequada obtida²⁶².

O dever de informação médica baseia-se no princípio de respeito à autonomia do paciente e nos direitos dos pacientes de serem plenamente informados sobre sua condição médica e as opções de tratamento disponíveis, sendo, pois, reconhecido como uma obrigação jurídica e ética.

Juridicamente, o dever de esclarecimento está previsto no art. 157.º, do Código Penal, ao referendar que o consentimento apenas será considerado eficaz quando o paciente for adequadamente esclarecido sobre o diagnóstico, alcance e possíveis riscos da intervenção ou tratamento²⁶³.

Acrescenta, outrossim, o Código Deontológico dos Médicos, no seu art. 50.^o²⁶⁴, ao expressar que o diagnóstico e o prognóstico devem sempre ser informados com prudência e

²⁵⁹ NUNES, Rui – *Op. Cit.*, 2014. p.125.

²⁶⁰ NUNES, Rui – *Op. Cit.*, 2014. p.128.

²⁶¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 158.

²⁶² FERREIRA, Margarida Soares – O Respeito pela Autonomia e o Consentimento Informado na Investigação com Seres Humanos. *Revista Jurídica Luso Brasileira*. [sl]:[sn]. Ano 8 (2022), n.º 2. p. 1.241.

²⁶³ CÓDIGO PENAL – *Op. Cit.*

²⁶⁴ CÓDIGO DEONTOLÓGICO DA ORDEM DOS MÉDICOS – *Op. Cit.*

delicadeza ponderando o ritmo do doente e eventuais danos que possam causar, não podendo ser a ele simplesmente imposto²⁶⁵.

Complementa a Norma n.º 015/2013, da Direção-Geral da Saúde que o esclarecimento deve ser realizado em uma linguagem clara e acessível, assente ao estado do paciente e, sempre que possível deve ser acompanhada de folheto explicativo²⁶⁶.

André Gonçalo Dias Pereira utiliza-se, ainda, de matéria consumerista²⁶⁷, artigo 8.º, para fortalecer o dever de informação na relação clínica, de modo a direcionar que o consumidor-paciente terá direito ao esclarecimento hábil, compreensível que permita o bom aproveitamento do serviço – entendível como tratamento ou intervenção²⁶⁸.

O esclarecimento, assim, é o viés propulsor da adjetivação do consentimento como informado, visto ser ele essencial para propiciar a tomada de decisão livre e consciente pelo doente²⁶⁹.

Ressalta-se, contudo, que o dever de informação não se restringir apenas ao profissional de saúde, devendo o paciente, como interessado primordial, colaborar com o profissional sobre o seu estado, para que o fechamento do diagnóstico consiga ser o mais fidedigno possível²⁷⁰.

Tal asserção não poderia deixar de ser, pois, para o médico asseverar sobre o diagnóstico, seu respectivo tratamento e riscos necessitará ter conhecimento sobre a verdadeira e completa informação do paciente quanto aos seus sintomas.

E, nesse sentido, estabelece a Lei n.º 15/2014, que preconiza os direitos e deveres do doente dos serviços de saúde, que, em seu art. 24.º, n.º 3, faz arrazoar que o paciente dos serviços de saúde tem o dever de colaborar com os profissionais em todos os prismas do quadro clínico²⁷¹.

Ainda, sobre o dever de colaboração do paciente, definiu o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que o estatuto do paciente referendou um importante contributo na perspectiva da dignidade, transparência, parceria total e igualitária, no binómio paciente-médico, acima de tudo após a estipulação do consentimento informado, do que sucedeu na

²⁶⁵ CÓDIGO DEONTOLÓGICO DA ORDEM DOS MÉDICOS – *Op. Cit.*

²⁶⁶ NORMA n.º 015/2013 – **Direção Geral da Saúde**. [Em linha]. Disponível em: <https://www.dgs.pt/normas-orientacoes-e-informacoes/normas-e-circulares-normativas/norma-n-0152013-de-03102013-pdf.aspx>

²⁶⁷ LEI n.º 24/96 - **Diário da República** n.º 176/1996, Série I-A de 1996-07-31. [Em linha]. [Consult.08 jun. 2022]. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/1996-34491075>.

²⁶⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 359 e 360.

²⁶⁹ LOPES, João Ricardo de Abreu Carreira Caiado – O Consentimento Informado: o fim do paternalismo clínico e o início do respeito pela autodeterminação do paciente. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. [sl]:[sn]. Ano 8 (2022), n.º 2. p. 1129.

²⁷⁰ LOPES, João Ricardo de Abreu Carreira Caiado – *Op. Cit.* p. 1130 e 1131.

²⁷¹ LEI n.º 15/2014 - **Diário da República** n.º 57/2014, Série I de 2014-03-21. [Em linha]. [Consult.08 jun. 2022]. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2014-106901319>.

vinculação do doente ao dever de colaboração com o médico e o dever de esclarecimento deste na prestação de informação sobre o seu ato²⁷².

O dever de informação refere-se na elucidação, clara, adequada e real, abrangendo, inclusive, respostas as indagações arrazoadas pelo paciente.

Impõe-se, numa construção de compreensão e convicção para tomada de decisão do paciente como exercício da sua autonomia.

Assim, além do dever de ativamente esclarecer fatos, diagnósticos e prognósticos, incumbe aos profissionais de saúde também a disponibilidade para esclarecimento das perguntas e dúvidas enunciadas pelo paciente.

Dessa feita, o dever de informação não se restringe apenas a atitude ativa do profissional de saúde de transmitir o conteúdo, natureza, objetivo, consequências do ato ou da intervenção proposta, mas de também, se mostrar solícito ao esclarecimento das dúvidas e questões inquiridas pelo paciente, porquanto necessárias para manifestar seu consentimento lógico e convicto.

Nesse viés, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, que o paciente não deve hesitar em requerer mais informações ao profissional de saúde quando não estiver totalmente esclarecido. Todavia, caso não o faça passa-se a entender que o paciente se abdicou do direito de ser esclarecido em termos detalhados²⁷³.

O dever de informação é, pois, pré-requisito para o consentimento, porquanto possibilita o paciente, através do esclarecimento claro e preciso, emitir sua vontade convicta e consciente ao plano terapêutico.

Trata-se do ato de dar informação adequada como núcleo essencial do serviço médico²⁷⁴ e como garantia do respeito a liberdade e autonomia individual.

A base jurídica do conteúdo da informação encontra-se insculpida no artigo 157.º, do Código Penal ao estabelecer que “o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento²⁷⁵”.

²⁷² SANTOS, Rodrigo dos Relat. - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o n.º 08B1800, de 15 de outubro de 2009. [Em linha]. [consult. 06 jun. 2022]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5e9af97caf3a393e8025765400595623?OpenDocument&Highlight=0,08B1800>

²⁷³ BERBARDO, João Relat. - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o n.º 3925/07.9TVPRT.P1.S1, de 09 de outubro de 2014. [Em linha]. [consult. 06 jun. 2022]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f80b5c5850afdfb780257d6d003027bf?OpenDocument&Highlight=0,3925%2F07.9TVPRT.P1.S1>.

²⁷⁴ CORTÉS, Julio Galán – La Responsabilidad Médica y el Consentimiento Informado. **Revista Médica del Uruguay**. [sl]:[sn]. Vol. 15 (Abr. 1999), n.º I. p. 7.

²⁷⁵ CÓDIGO PENAL - *Op. Cit.*

Contudo, adverte André Gonçalo Dias Pereira que, no âmbito do direito civil é possível reforçar os deveres de informações médicas para tudo que possa contribuir ao eficaz exercício da autodeterminação e da livre disposição do próprio corpo, incluindo, a depender do caso, outros esclarecimentos, como, por exemplo, do prognóstico, dos efeitos secundários, das alternativas terapêuticas, da urgência da intervenção, do risco da demora no tratamento, dentre outros²⁷⁶.

A definição do conteúdo do dever de informação estar longe de se chegar à exaustão, tendo em vista o palco causuístico no qual ele é forjado. Nenhuma relação clínica é igual a outra o que fará adequar os diferentes deveres de informação.

Porém, a variação de situações e características devem convergir para a teologia do instituto, em que apenas o consentimento adequadamente esclarecido aquiescerá o paciente da liberdade e certeza na valoração do tratamento ou intervenção que lhe é proposta. Em outras palavras, somente o consentimento esclarecido propicia o primado da dignidade da pessoa humana, dimensão da autodeterminação e o respeito a integridade física e psicológica do paciente²⁷⁷.

Nesse sentido reconheceu o Supremo Tribunal de Justiça a elasticidade do dever de informação, visto apresentar-se nomeadamente diferente para cada situação²⁷⁸, devendo, pois, ser adaptada a característica de cada paciente²⁷⁹.

O esclarecimento sobre o diagnóstico é um dos pontos mais sensíveis para ética médica, pelo que se apresenta como duas facetas sob uma mesma moeda. A primeira, pelo imperativo legal, art. 157.º, do Código Penal²⁸⁰, de ser comunicado o diagnóstico ao paciente. A segunda, pelo possível risco desta comunicação repercutir de forma negativa no doente, fazendo-o perder sua esperança²⁸¹.

Trata-se da difícil missão médica de balancear duas preocupações, para que, porventura, mais tarde, não venha o profissional a ser responsabilizado por inibir a oportunidade de decisão do doente.

O processo de ponderar tais preocupações não é tarefa fácil. Preconiza Manuel Ortiz Fernandez pelo esclarecimento da denominada “verdade soportable²⁸²”, ou seja, pela referência das informações essenciais e necessária a condição especial imposta.

²⁷⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 370 e 371.

²⁷⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 370 a 373.

²⁷⁸ BERBARDO, João Relat. – *Op. Cit.*

²⁷⁹ LOPES, João Ricardo de Abreu Carreira Caiado – *Op. Cit.* p. 1132.

²⁸⁰ CÓDIGO PENAL - *Op. Cit.*

²⁸¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 370 a 373.

²⁸² FERNANDEZ, Manuel Ortiz – *Op. Cit.* p.174.

Assim, nas situações mais extremas, a informação do diagnóstico, poderá constituir-se no privilégio terapêutico²⁸³, ou seja, na possibilidade de omissão de determinadas informações que poderiam colocar em risco a vida ou que causariam grave dano à saúde física ou psíquica do paciente, consoante art. 157.º, *in fine*, do Código Penal²⁸⁴ e no art. 5º da CEDH Bio²⁸⁵.

Trata-se o privilégio terapêutico como uma forma de exceção ao dever de informação médica, em razão do estado de saúde do doente, consoante reconhece a autoridade do profissional de saúde na tomada de decisões em benefício do paciente, independente do seu consentimento informado.

Essa exceção visa proteger a liberdade pessoal, em nome da saúde e vida, e, busca alcançar um equilíbrio entre o princípio da autodeterminação e o primado da vida humana. Contudo, ressalta-se que o privilégio terapêutico não é absoluto e deve ser exercido com responsabilidade e ética, donde deve o médico levar em consideração os princípios éticos, como a beneficência e a não maleficência, no apertado crivo das intervenções terapêuticas e da legitimação de causar risco para a vida ou dano grave a saúde física ou psíquica do paciente²⁸⁶.

Conjugado ao privilégio terapêutico encontram-se também como exceção ao dever de informação os casos urgentes e o direito do não saber²⁸⁷.

Assim, nas situações urgentes em que a saúde ou a vida do paciente está em risco iminente, a exceção ao dever de informação é justificada pela ausência de exercício pleno da autonomia pelo doente na tomada de decisão, o que faz possibilitar a intervenção médica necessária com objetivo de evitar dano grave ou morte iminente do paciente.

O profissional da saúde, perante uma emergência, deve agir com base em seu conhecimento e experiência profissional para ministrar o tratamento adequado, mesmo sem fornecer todas as informações detalhadas ao paciente. Contudo, embora não haja inicialmente o fornecimento exauriente de informação, consoante a situação emergencial, coaduna-se que ante o controle da situação de emergência, com a retomada de condições de compreensão do paciente, deve o médico prestar-lhes informações sobre sua condição de saúde, diagnóstico, tratamento realizado e sobre os riscos envolvidos, de modo que possa ele, o paciente, envolver-se no processo de tomada de decisão necessária para a continuidade do seu tratamento.

Há situações, contudo, em que o paciente opta por renunciar o direito à informação ou

²⁸³ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 373 e 374.

²⁸⁴ CÓDIGO PENAL - *Op. Cit.*

²⁸⁵ RESOLUÇÃO DA ASSEMBLÉIA DA REPÚBLICA n.º 1/2001 - **Diário da República** n.º 2/2001, Série I-A de 2001-01-03. [Em linha]. [Consult.08 jun. 2022]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/resolucao-assembleia-republica/1-2001-235128>

²⁸⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 465 e 467.

²⁸⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 459.

faz preferir conscientemente, por diversas razões individuais, pela não informação quanto determinados aspectos de sua saúde²⁸⁸. Nesses casos apresenta-se o direito ao não saber como expressão do princípio da autonomia individual que reconhece no paciente o direito de escolha por não receber informação quanto a sua condição de saúde, diagnóstico, prognóstico ou tratamentos disponíveis.

Assim, quando um paciente expressa sua preferência de não saber, seja por aceitar tudo que o médico vier a decidir ou, seja por se tratar de simples escolha quanto ao desconhecimento da gravidade de sua situação, o profissional de saúde tem o dever de respeitar essa decisão. Conduto, mesmo diante da preferência pela desinformação, indicada e acautelada, no artigo 10.º, n.º 2, da CEDH Bio²⁸⁹, persistirá a necessidade que o consentimento do paciente seja obtido antes de qualquer intervenção médica²⁹⁰.

Trata-se do respeito à autonomia e à autodeterminação do paciente, reconhecendo que cada pessoa tem o direito de controlar a quantidade e o tipo de informação que deseja receber sobre sua própria saúde, previsto no art. 10.º, n.º 3, da CEDH Bio^{291 292}.

No entanto, é importante obter que o direito do não saber também não é absoluto²⁹³. Em certos casos, o médico pode considerar que a informação é vital para o bem-estar do paciente ou que a falta de informação pode comprometer o consentimento informado e a tomada de decisões esclarecidas. Nesses casos, o profissional de saúde pode buscar um equilíbrio entre respeitar a vontade do paciente e fornecer informações essenciais para garantir uma abordagem adequada à saúde.

Em linhas gerais, deve-se recorrer a compreensão teleológica do instituto. Assim, para que o paciente possa decidir de modo voluntário e consciente, faz-se imprescindível, dissociado dos casos excepcionais, que a informação seja direcionada ao caso concreto, correta, honesta, contínua, acurada e exaustiva, isto é, que seja suficiente para permitir o conhecimento do paciente na tomada da sua decisão²⁹⁴.

O dever de informar também abarca o dever de verificar o esclarecimento do paciente. Assim, não basta ao profissional de saúde expor as informações necessárias ao fato clínico, mas deve ele se assegurar que aquelas informações foram compreendidas pelo paciente. A manifestação da vontade não seria livre e esclarecida se o doente não pudesse compreender a

²⁸⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 468.

²⁸⁹ RESOLUÇÃO DA ASSEMBLÉIA DA REPÚBLICA n.º 1/2001 – *Op. Cit.*

²⁹⁰ LOUREIRO, Carlos Loureiro; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (coordenadores) – *Op. Cit.* p. 138.

²⁹¹ RESOLUÇÃO DA ASSEMBLÉIA DA REPÚBLICA n.º 1/2001 – *Op. Cit.*

²⁹² PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 468.

²⁹³ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 471.

²⁹⁴ FERNANDEZ, Manuel Ortiz – *Op. Cit.* p. 175.

explicação dada pelo profissional da saúde.

Reverbera-se, assim, que o consentimento informado apenas é eficaz quando manifestado por um paciente devidamente esclarecido, cuja compreensão da situação resulta no exercício da sua autodeterminação²⁹⁵.

Assim, não se pode dissociar o direito à informação da sua teologia em nem da segurança jurídica, que propugnam por exigir um conhecimento abrangente para o exercício do livre-arbítrio pelo paciente, dimensão do direito de personalidade, corolário da autodeterminação e da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, ressalta-se que apesar do dever de informação e do dever do esclarecimento apresentarem-se como elementos fundamentais no processo de tomada de decisão, a autodeterminação individual apenas será possível se ao paciente for reconhecida a sua voluntariedade e capacidade, a sua aptidão para a tomada de decisão livre e esclarecida.

5.2. Voluntariedade

A manifestação de vontade do paciente disposta através do seu consentimento informado deve ser livre.

Trata-se da liberdade, vertente da autonomia, em que o paciente se autodetermina a favor ou contra determinada intervenção ou tratamento após o esclarecimento claro e preciso dos riscos e implicações do ato médico.

A livre disposição do consentimento legitima o querer e a ingerência pelo paciente do próprio corpo.

Assim como no direito civil comum, a validade do consentimento informado deve estar isenta de erro, dolo e coação, ou seja, dos vícios de vontade que inquinam a liberdade de vinculação. Trata-se de regime relacionado aos negócios jurídicos, mas aplicáveis também aos atos jurídicos²⁹⁶.

Dessa feita, deve o paciente consentir ou dissentir o tratamento ou a intervenção médica de livre desejo, desprovido de coação ou qualquer vício de vontade, consubstanciado nos fundamentos dos atos pessoais, ou seja, na liberdade e na consciência da declaração²⁹⁷.

²⁹⁵ FONTES, Marília dos Reis Leal – Consentimento Informado. Perspectiva Histórica e novos Desafios. **Data Venia Revista Jurídica Digital**. Data Venia Editora:[sn]. (2020), n.º 11. ISSN 21828242. p. 675. [Em linha]. [consult. 06 jun. 2022]. Disponível em https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao11/datavenia11_p649_694.pdf.

²⁹⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 354.

²⁹⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 130.

Dessa forma, preceitua o Código Civil²⁹⁸ na tutela geral da personalidade, art. 70.º, que o ordenamento protege o indivíduo de qualquer ofensa ilícita ou de ameaça que afrontem aos direitos de personalidade (integridade física ou moral). No mesmo sentido, preconiza o art. 25.º, da Constituição da República Portuguesa²⁹⁹, sob a inviolabilidade da integridade física e moral.

No âmbito dos cuidados de saúde, encontra-se a previsão do consentimento livre no art. 5.º, CEDHBio³⁰⁰, bem como em várias passagens da Norma n.º 015/2013, de Outubro de 2013, emitida pela Direção-Geral da Saúde³⁰¹.

O direito à autodeterminação e o acatamento da liberdade são princípios fundamentais da relação médico-paciente, de forma que o direito à liberdade informação reflita o respeito ao direito de privacidade e, em consequência, aos direitos de personalidade.

Assim, é de se compreender que a livre decisão do paciente dar cumprimento à autonomia individual enquanto axioma da dignidade da pessoa humana³⁰².

5.3. Capacidade para Consentir

Consoante a natureza pessoal do bem jurídico em questão, de que somente o paciente é titular, torna-se lógico que apenas o titular-usuário do serviço de saúde é quem detém direito e deve consentir ao tratamento ou à intervenção médica, mas desde que tenha capacidade para julgamento e discernimento³⁰³.

O tema da capacidade para consentir apresenta-se com certa complexidade, tendo em vista o contorno da sua inserção no instituto genérico da capacidade.

Quando se fala em capacidade, remete-se, automaticamente, ao instituto da capacidade de exercício ou negocial de exercício, referente à atuação jurídica da pessoa na aquisição de direitos e no cumprimento de obrigações por ato próprio ou por representação voluntária, constituída para os negócios jurídicos patrimoniais.

A capacidade decisória, contudo, refere-se à capacidade para tomada de decisões da submissão ou não a uma investigação diagnóstica, terapêutica ou cirúrgica, que afetarão bens jurídicos personalíssimos (integridade física e psíquica).

²⁹⁸ CÓDIGO CIVIL - *Op. Cit.*

²⁹⁹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA - *Op. Cit.*

³⁰⁰ RESOLUÇÃO DA ASSEMBLÉIA DA REPÚBLICA n.º 1/2001 – *Op. Cit.*

³⁰¹ NORMA n.º 015/2013 – *Op. Cit.*

³⁰² PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 73.

³⁰³ CORTÉS, Julio Galán – *Op. Cit.* p. 7.

Assim, observa-se que o objeto do consentimento se caracteriza com qualidade diferente do direito patrimonial, conquanto possui natureza pessoal, refletido na pessoa e na sua individualidade³⁰⁴.

Apesar do art. 6.º da Convenção de Oviedo³⁰⁵, autonomizar o conceito da capacidade de consentir em face dos consuetudinários conceitos jurídicos de capacidade de gozo e de exercício, defendem Paula Távora Vítor e Geraldo Rocha Ribeiro que esta capacidade não encontra-se adormecida ou aquietada a esta generalidade, devendo, pois ser entendida à luz da situação de cada intervenção, bem como consoante a harmonização aos sistemas jurídicos nacionais³⁰⁶.

Os princípios da (in)capacidade de fruir e da (in)capacidade de atuar estavam claramente estabelecidos no contexto das ferramentas jurídicas que lidavam com a incapacidade dos adultos maiores, conforme o direito português vigente até a promulgação da Convenção de Oviedo em Portugal, contudo, esse enquadramento não se mostrou suficientemente eficaz na abordagem de questões referentes ao consentimento informado³⁰⁷. Particularmente clara, assentava-se essa ideia nos contextos de interdição e inabilitação, vigentes até o ano de 2019, que, concebia a terceiros o poder de decidir ou influenciar as ações de indivíduos de capacidade reduzida, entretanto, com a introdução da Lei n.º 49/2018, em 14 de agosto, o sistema bifurcado de interdição/inabilitação, que resultava na incapacidade jurídica de agir, foi substituído pelo conceito singular de acompanhamento, que associa a limitação da capacidade ao princípio da necessidade, conforme o artigo 145.º do Código Civil³⁰⁸³⁰⁹.

O domínio contemporâneo frente a capacidade de tomada de decisões baseia-se em critérios funcionais e sociais se alinha-se adequadamente ao estipulado no artigo 6.º, n.º 1 da CEDHBio³¹⁰, que afere a capacidade com base na análise específica da situação, mormente apenas considera-se uma pessoa como incapaz de consentir, se no momento da decisão, sobre um determinado procedimento médico, não possuir ela a habilidade necessária para entender, processar a informação auferida e tomar uma decisão que esteja em consonância com seus próprios anseios em relação ao tratamento indicado³¹¹.

Dessa feita, obtempera-se que a capacidade para consentir fundamenta-se de modo

³⁰⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 148.

³⁰⁵ RESOLUÇÃO DA ASSEMBLÉIA DA REPÚBLICA n.º 1/2001 - *Op. Cit.*

³⁰⁶ LOUREIRO, Carlos Loureiro; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (coordenadores) – *Op. Cit.* p. 156.

³⁰⁷ LOUREIRO, Carlos Loureiro; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (coordenadores) – *Op. Cit.* p. 157.

³⁰⁸ CÓDIGO CIVIL - *Op. Cit.*

³⁰⁹ LOUREIRO, Carlos Loureiro; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (coordenadores) – *Op. Cit.* p. 157.

³¹⁰ RESOLUÇÃO DA ASSEMBLÉIA DA REPÚBLICA n.º 1/2001 – *Op. Cit.*

³¹¹ LOUREIRO, Carlos Loureiro; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (coordenadores) – *Op. Cit.* p. 158.

diferente da capacidade negocial de exercício, uma vez que esta visa a proteção da propriedade, enquanto aquela protege o direito geral de personalidade, do que faz André Gonçalo Dias Pereira defender pela autonomização do instituto, por um novo ramo inscrito na capacidade jurídica, sob o objeto de tomada de decisões de cuidados de saúde, paralelo à capacidade negocial, porém com ela diferente³¹².

Por essa ordem, define-se a capacidade decisória como a aptidão de um paciente para compreensão dos prós e contras e das alternativas de um tratamento ou intervenção proposta³¹³, ou seja, é a faculdade de lidar com os esclarecimentos dos fatos e processos envolvidos, consoante as alternativas possíveis e se autodeterminar com as informações obtidas.

Dessa forma, é possível que em determinadas situações alguém possa ser considerada capaz para os atos da vida civil, entretanto se apresente sem capacidade para manifestar a sua vontade no contexto médico, em virtude de quesitos clínicos ou por se encontrar perante uma dor intolerável ou se apresentar sob o estado do medo de forma a impedir-lhe a manifestação de vontade. E, por outro viés, é cabível que uma pessoa não tenha aptidão para o exercício de determinados atos da vida civil em decorrência de uma medida de acompanhamento, mas que seja capaz para decidir sobre questões de saúde³¹⁴.

A análise da capacidade para consentir deve ser observada caso a caso, sendo possível, em específicos acontecimentos, um paciente ser considerado capaz para consentir sob medidas terapêuticas simples e não invasivas e, não o ser para manifestação de sua vontade em casos de intervenções invasivas de elevado risco³¹⁵.

Ainda assim, considera-se a capacidade decisória como mutável, tendo em vista a possibilidade de alterações dos fatores que possam acometer a capacidade ou, em outro viés, que a terapêutica reversível consiga recuperar a capacidade³¹⁶.

A capacidade decisória traduz-se na suficiente maturidade de julgamento dos riscos e das vantagens para manifestação de uma vontade e é primordial para a garantia da autonomia.

De modo habitual, automaticamente e em momento anterior ao pedido de manifestação do consentimento deve o médico analisar a capacidade de forma a realizar uma ponderação do respeito à autodeterminação do paciente capaz com à proteção dos incapazes³¹⁷.

³¹² PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 148, 152 e 153.

³¹³ TELES, Carolina; PEREIRA, André Dias – Consentimento Informado nos Doentes Adultos Incapazes de Decidir: Avaliação da Capacidade de Decisão. *Lex Medicina*. Instituto Jurídico: Coimbra, Ano 17, n.º 33 (2020). ISSN 214044/04. p.7.

³¹⁴ BELTRÃO, Silvio Romero – *Op. Cit.* p. 1989 e 1990.

³¹⁵ TELES, Carolina; PEREIRA, André Dias – *Op. Cit.* p. 8.

³¹⁶ *Idem* – *Ibidem*.

³¹⁷ TELES, Carolina; PEREIRA, André Dias – *Op. Cit.* p. 8 e 9.

5.3.1. Dimensões da Capacidade para Consentir

A capacidade decisória consiste na compreensão, pelo paciente dos riscos, vantagens e ponderação das opções sugeridas para um tratamento ou intervenção médica.

Assim, Carolina Teles e André Dias Pereira enunciam, apoiados na lei e na ética, quatro critérios para a manifestação de vontade que compõe a capacidade, sendo eles: a compreensão, a apreciação, o raciocínio e a expressão de escolha³¹⁸.

A primeira dimensão, a compreensão, relaciona-se a aptidão do sujeito de entender as informações fornecidas pelo profissional de saúde referente a descrição da situação clínica, do ato ou intervenção, dos benefícios, dos riscos e das alternativas do tratamento e do não tratamento.

Para tal agnição necessita o paciente de atenção, intelecto, lucidez, perspicácia, sagacidade para as informações recebidas, bem como reminiscência e anamnese desse esclarecimento para ao final alcançar o entendimento das informações³¹⁹.

Observa-se que a linha que transcende a compreensão sobrepuja no esclarecimento médico, do que exsurge como simbiose para a ciência, a explanação da informação suficientemente aclarada, que leve em consideração o dimensionamento socio-cultural do paciente, bem como o seu nível intelectual, ou seja, que a informação seja adaptada ao doente e a sua compreensão intelectual.

A segunda dimensão, a apreciação, abarca a aplicação do esclarecimento a si próprio e ao próprio caso, consoante procedimento cognitivo-psicológico autorreferenciais³²⁰.

Trata-se, assim, do ir além da compreensão da informação, dos prós e contras do tratamento e das alternativas propostas, objetivando a introspecção da informação, a sua apreciação consoante o íntimo, os sentimentos e a personalidade do paciente, isto é, na avaliação referida a si mesmo pelo doente, no reconhecimento do ato médico, da situação clínica perante si próprio.

A terceira dimensão, o raciocínio, envolve o exercício racional das informações recebidas através da ponderação das opções de benefício e de riscos expostos ao tratamento ou intervenção de saúde.

Concerne o raciocínio a um juízo lógico de tomada de decisão concluído diante das premissas de repercussão positiva e/ou negativa do ato médico. Assim, o consentimento não

³¹⁸ TELES, Carolina; PEREIRA, André Dias – *Op. Cit.* p. 9.

³¹⁹ TELES, Carolina; PEREIRA, André Dias – *Op. Cit.* p. 9.

³²⁰ PALMER, B. W., HARMELL, A. L., apud, TELES, Carolina; PEREIRA, André Dias – *Op. Cit.* p. 10.

representa apenas uma manifestação sobre valores pessoais ou sobre o conhecimento dos fatos e processos envolvidos, mas refere-se, também, a uma decisão sobre as possíveis alternativas³²¹.

A quarta e última dimensão, a expressão de escolha, representa o produto da decisão individual provocada pela aptidão de comunicação da escolha de forma transparente e certa³²².

A escolha deve ser precisa, estável e manifestada sem titubeio. A mudança desarrazoada e/ou constante da decisão a torna frágil e inconsistente, do que repercutirá em uma análise mais diligente da capacidade.

Trata-se, pois, da capacidade de autodeterminação do sujeito, da capacidade que expressa o consentimento volitiva do paciente para os cuidados de saúde com base no esclarecimento obtido³²³.

Efetivamente, sob a análise da capacidade infere-se a aptidão do doente para personalização do seu arbítrio de acordo com seus princípios e crenças através do conhecimento do significado da informação e da sua aplicação a si próprio. Refere-se a realização do seu raciocínio através da ponderação das consequências e das alternativas para, em seguida, possa chancelar conscientemente sua decisão³²⁴.

5.3.2. Ausência da Capacidade para Consentir

A ideia de capacidade para consentir está associada as aptidões intelectual, volitiva e emocional, as quais fazem permitir a tomada de decisão do paciente de acordo com os valores assumidos autonomamente³²⁵. Haja vista, considera-se como incapaz de consentir àquele que devido a uma doença ou a um tratamento encontra-se com sua cognição comprometida³²⁶, não conseguindo compreender sobre: a) o valor ou o grau dos bens jurídicos personalíssimos que serão afetados, bem como sobre a relação deles com si mesmo, b) os fatos ou processos clínicos envolvidos, c) as consequências e os riscos advindos com a decisão, sejam de consentimento ou de dissentimento e, d) as alternativas possíveis para o quadro de saúde³²⁷.

Bem ainda, sob um contributo norte-americano, apregoa-se considerar que a falta de aptidão para consentir abarca: a) os déficits funcionais, àqueles relacionados aos níveis de

³²¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 548.

³²² TELES, Carolina; PEREIRA, André Dias – *Op. Cit.* p. 9.

³²³ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 548.

³²⁴ TELES, Carolina; PEREIRA, André Dias – *Op. Cit.* p. 9.

³²⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 165.

³²⁶ TELES, Carolina; PEREIRA, André Dias – *Op. Cit.* p. 11.

³²⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 158.

compreensão do esclarecimento no processo de conhecimento, b) déficits na apreciação da informação em razão das circunstâncias pessoais, c) déficits na reflexão do esclarecimento e, d) déficits quanto a capacidade de exprimir uma escolha³²⁸.

Nesta ordem de ideias, expressa-se que o absentismo do paciente do entendimento das informações, ou seja, dos fatos e dos atos que envolverão a atividade médica, ou da assimilação dos riscos e das alternativas, consoante sua autorreferência respaldada em uma expressão de escolha racional, o inquina com ausência de competência para o ato de consentir.

Dado esse norte, arrazoa-se que o reconhecimento da incompetência ou incapacidade decisória depende da presença de um dos déficits da dimensão capacitante, não podendo ela ser considerada generalizante para todas as investigações diagnósticas, terapêuticas ou cirúrgicas, mas sim específica para determinada situação, vez que é possível um sujeito ser considerado capaz para consentir em determinado caso e não apto em outro. Isso porque, as causas redutoras ou reestabelecedoras da capacidade modificam em razão de fatos e consequências³²⁹.

5.3.2.1. Menores

O art. 123.º, do CC.³³⁰ expressa sobre a incapacidade dos menores, porquanto direciona que são eles carecedores de capacidade para o exercício de direito enquanto não atingirem a maioridade aos 18 anos, salvo disposição em contrário e, complementa o art. 124.º, do CC.³³¹, que a supressão dessa incapacidade acontecerá através do poder parental e, subsidiariamente pela tutela.

Apesar do ordenamento jurídico português referendar o tradicional conceito de capacidade geral, nutre-se o direito atual pela autonomia progressiva do menor, ao considerar gradativamente mais cedo ao menor a aptidão de decisão, de participação e de opinião em determinados assuntos pessoais a eles correlatos³³²³³³.

No domínio da saúde, não haveria de ser diferente, à proporção que os menores vão

³²⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 160.

³²⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 160 e 161.

³³⁰ CÓDIGO CIVIL - *Op. Cit.*

³³¹ *Idem* – *Ibidem*.

³³² PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 289.

³³³ O artigo 127.º, do C.C., considera que são excepcionalmente válidos: a) os atos de administração ou disposição de bens que o maior de dezesseis anos adquiriu por seu trabalho, b) os negócios jurídicos rotineiros de pequena monta da vida do menor circunscritos ao nível da sua capacidade natural, c) os negócios jurídicos relativos à profissão, arte ou ofício que o menor foi autorizado a exercer. Da mesma forma expressa a capacidade do menor com 16 anos para contrair núpcias (art. 1601.º, al. a, do C.C), para perfilhar (art. 1850.º, do C.C.) e para escolher livremente a sua religião (art. 1886.º, do C.C.).

alcançando a maturidade serão a eles conferidos normativamente alguns direitos capacitantes³³⁴, donde faz harmonizar o consentimento informado ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º 1, da CRP³³⁵) com a consideração da opinião do menor em face da sua maturidade (art. 1879.º, n.º 2, do CC.³³⁶).

O ordenamento civil português, contudo, não estabeleceu uma idade clara para o consentimento do menor, do que se recorre ao artigo 38.º, n.º 3, do CP., que reconhece a autonomia progressiva dos menores com 16 anos para consentir desde que possuam discernimento para analisar o sentido e alcance da manifestação³³⁷³³⁸.

Trata-se, assim, a idade de 16 anos como ponto de partida para aferição da capacidade do menor nos atos de domínio da saúde, consubstanciando-se como um elemento indiciário de discernimento que deverá ser conjugado, necessariamente, como prenúncio de capacidade, à maturidade do menor suficiente para avaliação do sentido e do alcance do consentimento³³⁹.

Dessa forma, os pacientes com pelo menos 16 anos de idade são geralmente considerados capazes de consentir a um tratamento cirúrgico ou terapêutico, desde que demonstrem maturidade e discernimento suficientes para compreender o significado e a extensão do procedimento médico e os riscos envolvidos.

Dois são os critérios – idade e maturidade – que, agregados, excepcionam o regime legal da incapacidade ao conferir aos menores autonomia de exercício de consentimento e de dissentimento em matéria de cuidados de saúde.

Nesse sentido, converge a decisão do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça ao estabelecer que a participação e opinião do menor será sopesada frente a sua idade e ao seu grau de maturidade³⁴⁰.

Por esse viés, é forçoso concluir que os menores de 16 anos são considerados incapazes para autonomamente prestar consentimento ou dissentimento, devendo-os ser representados por seus pais ou tutores que prestarão a declaração condicionados ao bem estar do menor e a natureza do interesse da sua autodeterminação³⁴¹, entretante, ressalva-se que a falta de

³³⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 306.

³³⁵ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA – *Op. Cit.*

³³⁶ CÓDIGO CIVIL - *Op. Cit.*

³³⁷ CÓDIGO PENAL - *Op. Cit.*

³³⁸ LOUREIRO, Carlos Loureiro; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (coordenadores) – *Op. Cit.* p. 158.

³³⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 317 e 318.

³⁴⁰ CAMILO, Moreira Relat. - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o n.º SJ200802070046661, de 07 de fevereiro de 2008. [Em linha]. [consult. 06 jun. 2022]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ec5b2ad6d885531d8025743300517b0e?OpenDocument&Highlight=0,07A4666>

³⁴¹ VALE, Maria do Carmo; OLIVEIRA, Guilherme – **Consentimento Informado em Menores**. [Em linha]. [sl]: Editora CEIC, 2011. [Consult. 12 dez. 2022]. Disponível em

capacidade para consentir, não impede a prevalência da garantia de participação, audição e informação da criança³⁴².

O direito de participação da criança encontra-se estipulado no art. 12.º, da Convenção dos Direitos da Criança³⁴³ ao assegurar a salvaguarda da integridade individual da criança, sobretudo no que se refere ao seu desenvolvimento, mormente reverencia e identifica a capacidade da criança em manifestar sua autonomia, propiciando sua participação e enunciação de opiniões nas decisões que afetam sua vida³⁴⁴.

A salvaguarda do interesse da criança não só estipula um padrão claro de orientação e delineamento do futuro do menor, como também estabelece fronteiras para a interferência de terceiros, vez que faz reconhecer a fase da criança como um estágio de vulnerabilidade, mas também de evolução, que, conseqüentemente faz garantir, a criança, o direito de ser ouvida e de expressar sua concepção acerca das decisões que lhe afetam³⁴⁵.

A capacidade da criança de fazer escolhas, ainda que não reflita sua autoridade decisória, é fundamental para salvaguarda do seu contributo. E, quando ela efetivamente participa, sua perspectiva e interesses devem ser cautelosamente levados em consideração, especialmente para referendar uma congruência, sempre almejando o melhor interesse da criança, cuja decisão final deve refletir, na medida do possível, a essência da individualidade da criança³⁴⁶.

Não se pode descurar, contudo, que o critério decisivo no consentimento informado, seja em relação ao menor, seja em relação aos maiores acompanhados, nutre-se na concreta avaliação do médico sobre a capacidade de consentimento, do que, no caso dos menores, deverá ser considerado a seriedade da intervenção, a suficiente maturidade do menor para julgamento, o grau de autodeterminação e de autoreferência do estado clínico perante si próprio³⁴⁷, donde, paralelamente sobrepuja aos menores, sem capacidade para consentimento, a salvaguarda da sua participação, sob um processo de inclusão da criança na tomada de decisão, tendo em vista seu bem-estar superior, nomeadamente por propiciar que a conclusão adotada reflita a

https://www.researchgate.net/publication/280715079_Vale_MC_Oliveira_G_Consentimento_informado_em_menores_Ed_CEIC_2011_httpwwwceicptportalpageportalCEICDocumentosDOCUMENTOS_REFLEXAOConsentimentoInf20Menores20Eu20e20GO20CEICpdf.

³⁴² LOUREIRO, Carlos Loureiro; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (coordenadores) – *Op. Cit.* p. 160.

³⁴³ CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS – **Procuradoria Geral da República**: Ministério Público Portugal. [Em linha]. [consult. 30 set. 2023]. Disponível em https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_sobre_direitos_da_crianca.pdf

³⁴⁴ LOUREIRO, Carlos Loureiro; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (coordenadores) – *Op. Cit.* p. 163.

³⁴⁵ LOUREIRO, Carlos Loureiro; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (coordenadores) – *Op. Cit.* p. 164.

³⁴⁶ *Idem* – *Ibidem*.

³⁴⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 319.

singularidade e a personalidade da criança.

5.3.2.2. Maiores Acompanhados

Quando se fala em ausência de capacidade para consentir dos adultos, em um primeiro momento, tenta-se trazer para aplicação a capacidade decisória às regras relacionadas a aptidão para prática dos negócios jurídicos.

Tem-se, de toda sorte, caminhado por superar esse pensando, porquanto a mudança do paradigma que fez condecorar autonomia pessoal, adveio por revogar o anterior regime das incapacidades (inabilitação e interdição) através da publicação da Lei n.º 49/2018, em 14 de agosto de 2018 e consagrar o regime dos maiores acompanhados.

Assim, a anterior regra de que os todos aqueles que por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira que se mostrassem incapazes de governar suas pessoas e bens³⁴⁸, bem como aqueles que, pela sua habitual prodigalidade ou pelo abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, se mostrem incapazes de reger convenientemente o seu património³⁴⁹ seriam, através de um processo de interdição ou inabilitação, considerados incapazes ou possuidores de uma capacidade limitada para sua própria proteção, não mais persiste.

Com o advento da Lei n.º 49/2018, através do reconhecimento da capacidade jurídica plena das pessoas maiores de 18 anos e da promoção da liberdade do beneficiário, os maiores que, por razão de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, encontram-se impossibilitados de exercer, plena e conscientemente, os seus direitos ou de cumprir os seus deveres³⁵⁰ serão submetidos a medidas de acompanhamentos que não poderão partir da limitação geral da capacidade, por esvaziar o sentido do sistema e, consequentemente, lhes tornar desnecessárias para a inclusão e o efetivo acompanhamento do beneficiado.

E, sob esse contexto, no próprio âmbito do direito negocial, passa-se a maximizar a autonomia individual, donde se preserva a capacidade individual até o seu limite de desempenho autônomo, de forma a haver no regime do acompanhamento uma proteção sem a incapacitação.

A autonomia individual, vertente da dignidade da pessoa humana, sob o viés da autodeterminação e liberdade, representa o ponto de convergência entre ambas as searas, sejam

³⁴⁸ CÓDIGO CIVIL – *Op. Cit.*

³⁴⁹ *Idem. Ibidem.*

³⁵⁰ *Idem. Ibidem.*

nos negócios jurídicos obrigacionais, sejam no ato jurídico estrito senso de consentimento no âmbito de cuidado com a saúde, no qual busca a preservação da vontade do homem, considerado pela máxima Kantiana como um fim em si mesmo, com valor intrínseco e absoluto³⁵¹.

Contudo, apesar da onipresença da autonomia individual, apregoa-se que a redução à capacidade negocial não significa um pressuposto lógico e imperativo à capacidade para consentir, podendo, existir uma sem a presença da outra e, vice versa. De sorte que, é possível um maior estar submetido ao regime de acompanhamento em relação a determinados atos, mas que conserve a aptidão no âmbito dos cuidados de saúde e, invariavelmente, o posto também é viável, quando a pessoa capaz em um dado momento encontra-se restrita de sua cognição em decorrência de um estado de febre, sedação, delirium, outros fatores.

De qualquer modo, as normas referentes a redução à capacidade negocial servem heurísticamente como ponto de orientação essencial para o consentimento informado³⁵².

E, nesse sentido, estando o sistema do maior acompanhado construído sobre a perspectiva da plena capacidade do maior, assim, somente em determinadas situações é cabível haver a limitação da sua capacidade, mas desde que as medidas restritivas sejam abraçadas às necessidades do acompanhado, respeitando a sua capacidade remanescente.

Relaciona-se que determinadas enfermidades ou tratamentos terapêuticos são engenhosos e podem desaguar na incapacidade decisória. Contudo, nenhum diagnóstico é predicativo determinante para, de maneira geral, corroborar na incapacidade *latu senso* do paciente, consoante a variabilidade de situações, riscos e consequências que cada caso concreto revela³⁵³, ainda mais, pela sufragada maximização da autonomia individual que acompanha a ideia de manutenção da capacidade e autodeterminação do homem.

Nessa ordem de ideias, estabelece o art. 147.º, do Código Civil³⁵⁴, como resultado do livre desenvolvimento da personalidade, que, em regra, competirá ao acompanhado o livre exercício dos direitos pessoais o que nele se inclui o consentimento informado, salvo disposição de lei ou decisão judicial em contrário.

Destarte, a restrição ao exercício dos direitos de personalidade somente poderá ser limitada quando especificamente individualizada na decisão judicial, diante da presunção plena de capacidade negocial de gozo trazida pelo novo sistema³⁵⁵.

Consoante necessitar, as medidas de acompanhamento que versem sobre as situações

³⁵¹ FERREIRA, Margarida Soares – *Op. Cit.* p. 1240.

³⁵² PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 214.

³⁵³ TELES, Carolina; PEREIRA, André Dias – *Op. Cit.* p. 11.

³⁵⁴ CÓDIGO CIVIL - *Op. Cit.*

³⁵⁵ MOREIRA, Sônia – *Op. Cit.* p. 240.

jurídicas da pessoa, de especial fundamentação, obtempera-se, por conclusão, que sendo a decisão omissa quanto ao consentimento informado no domínio dos cuidados de saúde, haver-se-á por considerar a presunção da plena capacidade do acompanhado, que, somente por circunstâncias justificantes e excepcionais poderá ser restringida.

A avaliação da capacidade deve ser realizada em convergência com os dados adicionais do paciente - condições morais e sociais, a fim de poder referendar um julgamento sobre a existência ou não de capacidade suficiente para a tomada de decisão³⁵⁶.

Nessa perspectiva, não havendo decisão judicial quanto a restrição ao consentimento informado, caberá ao profissional de saúde, mediante análise, ponderar se o paciente está apto a partir do conhecimento da significância da informação para auto relacionar o fato a si próprio e, pelas alternativas possíveis e riscos inerentes, poder manifestar a sua decisão de forma racional e como respeito ao seu livre-arbítrio.

É de se perquirir que no âmbito da saúde e do direito, mas especificamente na seara do consentimento nos cuidados de saúde, encontra-se a capacidade de consentir como expressão prospectiva da autonomia, ou seja, de potenciais pacientes expressarem antecipadamente, porquanto capazes, os direcionamentos frente à prestação de cuidados de saúde prospectiva.

Nesses casos, ecoam as Diretivas Antecipadas de Vontade – DAV's – que podem assumir a forma de um testamento vital ou de uma procuração, através do procurador de cuidados de saúde³⁵⁷, como instrumento de proteção da dignidade da pessoa humana e do direito de personalidade sob o manto da autonomia e capacidade prospectiva.

Assim, é imperativo salientar que, no contexto jurídico relacionado aos adultos com capacidade diminuída, a associação de uma intervenção subsidiária por terceiros, ainda que assimilada sob a ótica da decisão assistida, apenas é legitimada quando não subsistirem alternativas factíveis que garantam uma solução alinhada à manifestação genuína do sujeito, sendo, pois apenas admissível na ausência de enunciações anteriores de autonomia por parte do adulto, quando capaz, como é o caso das DAV's³⁵⁸.

³⁵⁶ TELES, Carolina; PEREIRA, André Dias – *Op. Cit.* p. 14.

³⁵⁷ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.* , 2013a. p.15.

³⁵⁸ LOUREIRO, Carlos Loureiro; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (coordenadores) – *Op. Cit.* p. 166.

REPRESENTAÇÃO VOLUNTÁRIA PELOS MAIORES ACOMPANHADOS EM MATÉRIA DE CUIDADOS DE SAÚDE

1. Consideração

A medida em que a medicina moderna prosperou alcançando altos níveis de progresso capazes de prolongar a vida humana além do que era anteriormente concebível, também emergiram uma série de dilemas e desafios éticos, médicos e legais. A vida pode agora ser prolongada em circunstâncias que antes eram inimagináveis, frequentemente em situações de doenças graves e crônicas, onde a qualidade de vida pode ser severamente comprometida³⁵⁹.

Muitos questionamentos vieram à tona como quem deveria tomar decisões de cuidados de saúde no caso de um paciente sem capacidade? Como equilibrar o desejo de prolongar a vida com a qualidade de vida e o potencial sofrimento do paciente? E, como é que os desejos de um paciente poderiam ser respeitados?

As diretivas antecipadas de vontade (DAV's) surgiram como uma resposta a estes desafios e refletiu a busca por um equilíbrio delicado entre os avanços da medicina moderna, o respeito pela autonomia do paciente e a necessidade de fornecer uma estrutura legal para as decisões de cuidados de saúde. Elas são uma ferramenta vital para garantir que o cuidado médico seja administrado de uma maneira que respeite os direitos e desejos dos pacientes.

As DAV's podem assumir duas formas principais: o testamento vital e a nomeação a um Procurador de Cuidados de Saúde (PCS)³⁶⁰, este último, ocupação do nosso estudo.

2. Limitação ou Não do Direito de Personalidade

A primeira abordagem que surge no seio da procuração de cuidados de saúde envolve a análise sobre a possibilidade de limitação do direito de personalidade, ou seja, se há viabilidade de uma pessoa, o paciente, em transferir para um terceiro, o procurador, parcela do seu direito subjetivo.

³⁵⁹ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013a. p.14.

³⁶⁰ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013a. p.15.

Os direitos de personalidade são inerentes a pessoa³⁶¹ e a protege através de um sistema jurídico direcionado por valores, normas e princípios³⁶², consoante principal regulamentação insculpida nos arts. 70.º a 81.º, do CC, cuja proteção abrange além da efetiva, a ameaça de ofensa³⁶³.

Assim, sob a proteção dos elementos concretos dos indivíduos, integralmente ligados à própria identidade da pessoa e indispensáveis à sua dignidade e autonomia - e não de realidade e ideias abstratas³⁶⁴ - os direitos de personalidade são tidos como intransmissíveis³⁶⁵, devendo, pois, ser exercitados pelos próprios titulares e não deles serem destacados³⁶⁶.

A ideia de que ninguém pode destacar parte do seu direito de personalidade e transferi-la para outro é uma consequência dessa intransmissibilidade.

Permitir tal transferência equivaleria consentir que um terceiro assumisse o controle jurídico sobre outra pessoa ou, em outras palavras, que ele, terceiro, se tornasse, do ponto de vista jurídico, o proprietário da vida, do corpo, do nome e de outros elementos que compõem a identidade alheia³⁶⁷.

Assim, ainda que a pessoa mantivesse sua identidade e características ontológicas (sob uma existência real e concreta), juridicamente o controle dessas características pertenceria a outra pessoa, o que significaria que um terceiro tomaria as decisões que afetaria a vida, o corpo e a identidade de *outrem*³⁶⁸, mesmo contra a vontade do seu titular, violando os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da autonomia pessoal.

O poder sobre os direitos de personalidade é atribuído ao seu próprio titular, contudo, excepcionalmente, segundo Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, poderá ser limitado, nos casos em que o titular não consegue se beneficiar desses bens, sendo imprescindível que terceiros os exerçam para proteção do bem-estar do titular (casos de inaptidões naturais) ou que tenham tal seriedade em face de outros princípios que a estes sejam impostas soluções diversas (aprisionamento em decorrência do cometimento de um delito)³⁶⁹.

A nomeação de um procurador de cuidados de saúde insere-se como uma luva na limitação excepcional dos direitos de personalidade, tendo em vista referir-se à nomeação um

³⁶¹ DINIZ, Maria Helena – Curso de Direito Civil, Teoria Geral do Direito Civil -37ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2020, p. 129.

³⁶² VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – **A Autorização**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2016. ISBN 978-972-40-6560-1. p.14.

³⁶³ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – *Op. Cit.*, 2016. p.15.

³⁶⁴ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – *Op. Cit.*, 2016. p.16

³⁶⁵ RODRIGUES, Silvio – *Op. Cit.*, p. 64.

³⁶⁶ RODRIGUES, Silvio – *Op. Cit.*, p. 61.

³⁶⁷ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – *Op. Cit.*, 2016. p.16.

³⁶⁸ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – *Op. Cit.*, 2016. p.16-17.

³⁶⁹ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – *Op. Cit.*, 2016. p.18.

terceiro para tomada decisões médicas quando o titular do direito se tornar no futuro impossibilitado de fazê-lo.

Trata-se da atuação do procurador sob o direito subjetivo do paciente, contudo, realizada sem integrá-lo à sua esfera jurídica, porquanto atuará dentro de limites e sob estruturas jurídicas específicas³⁷⁰, ou seja, dentro do limite do instrumento procuratório outorgado que faz preservar os direitos fundamentais da pessoa representada.

Assim, o instrumento de representação funcionaria para concessão de poderes ao procurador com vistas a realizar, além de negócios jurídico - sob interpretação do art. 262.º, n.º 2, do CC, como a contratação de profissionais, hospitalizações - também a realização de atos não negociais como o consentimento e o dissentimento para tratamentos de saúde³⁷¹.

O consentimento e o dissentimento, conforme já explicitado, inserem-se na categoria do ato jurídico *stricto sensu*, donde o titular do direito de personalidade consente ou recusa determinado tratamento médico, através da autodeterminação preventiva, ao PCS que agirá mediante orientação do representado explicitada na DAV³⁷², aplicando-lhes a norma inserida no art. 295.º, do CC³⁷³, sob analogia das regras dos negócios jurídicos com ressalva para observância da Lei das Diretivas Antecipadas de Vontade (LDAV)³⁷⁴.

A nomeação do procurador para tratar de questões de saúde possui como objetivo principal a salvaguarda dos direitos e do bem-estar daqueles que não podem decidir por si mesmos. Essa designação apresenta a mesma lógica subjacente da representação legal porquanto faz substituir a vontade da pessoa incapacitada quando a mesma não puder tomar decisão por si só³⁷⁵.

A problemática, contudo, que vinha à tona referia-se à complexidade dos atos pessoais, se particularmente poderiam existir, quanto a esses, decisões em nome da pessoa incapaz.

Ecoa-se que o ordenamento jurídico já admitia o manejo da procuração para atos pessoais referente a celebração de casamento (art. 1620.º, CC) e a perfilhação (art. 1849.º, CC), o que fez-se defender, pelo sentido teleológico da norma, a possibilidade de substituição de vontade no âmbito de cuidados de saúde, mesmo tratando-se da tomada de decisões quanto aos direitos pessoais, porquanto referentes a decisões essenciais que imediatamente afetam a saúde

³⁷⁰ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – **A Procuração Irrevogável**. 2ª ed - Reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6437-6. p.6.

³⁷¹ DIAS, Patrícia Cardoso – Diretivas Antecipadas de Vontade: Novos Desafios para a Compreensão do Sistema Jurídico pela Consagração do Instituto da Representação Voluntária em Matéria de Direitos de Personalidade. **Opinião Jurídica**. Fortaleza: [sn], dez. 2016a, ano 14, n. 19, p.239.

³⁷² PEREIRA, André Gonçalo Dias – **Op. Cit.**, 2004. p. 250-251.

³⁷³ CÓDIGO CIVIL – **Op. Cit.**

³⁷⁴ DIAS, Patrícia Cardoso – **Op. Cit.**, 2016a. p. 239-240.

³⁷⁵ DIAS, Patrícia Cardoso – **Op. Cit.**, 2016a. p. 240.

e a integridade física do incapaz.³⁷⁶

Assim, faz-se ressurgir mais uma das razões para admissibilidade da PCS, consoante enquadra-se no contexto das restrições excepcionais da intransmissibilidade dos direitos individuais, vez que faz refletir a escolha de um procurador para fazer valer os direitos pessoais (decisões médicas) daquele incapaz de fazê-lo no futuro, de forma que ao representante não será incorporado os direitos do paciente, mas sim, serão operados e viabilizados dentro dos limites procuratórios e dos anseios do outorgante, salvaguardando a proteção dos seus direitos³⁷⁷.

3. Regime Jurídico da Representação Voluntária em Cuidados de Saúde

3.1. Considerações

A procuração de cuidados de saúde traduz-se num instrumento legal em que uma pessoa – outorgante, nomeia outra – procurador, para tomar decisões médicas em seu nome caso se torne incapaz de fazê-lo.

A relação que se estabelece através da procuração reflete, essencialmente, uma relação de representação, em que o procurador age no interesse e no nome do outorgante, através da legitimação de poderes conferidos pela representação³⁷⁸, consistente, pois, com a estrutura da representação voluntária, reservada, tradicionalmente, a quem está em plena posse de suas faculdades mentais³⁷⁹.

Nesse contexto, a procuração de cuidados de saúde insere-se no âmbito do regime jurídico da representação voluntária, mais especificamente circunscrita na procuração conferida no exclusivo interesse do *dominus*, porquanto faz o representante agir unicamente para proteção e promoção do interesse do representado.

No uso dos poderes de representação, o procurador goza de certa autonomia para concretização da vontade do *dominus*, contudo sem qualquer independência, vez que sua

³⁷⁶ DIAS, Patrícia Cardoso – *Op. Cit.*, 2016a. p. 240 – 241.

³⁷⁷ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – *Op. Cit.*, 2017. p. 6.

³⁷⁸ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – *Op. Cit.*, 2017. p. 49.

³⁷⁹ VITOR, Paula Távora — O Apelo De Ulisses: O Novo Regime Do Procurador De Cuidados De Saúde Na Lei Portuguesa. **Julgar**. Número Especial Consentimento Informado. [Em linha]. Coimbra Editora: Coimbra, 2014, p. 227. [Consult. 15 jan. 2023]. Disponível em: <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/02/JULGAR-ESPECIALCONSENTIMENTO-INFORMADO-11-O-APELO-PTV.pdf>

atuação restará balizada no interesse do representado³⁸⁰.

É da essência do instituto que os poderes atribuídos através da procuração sejam desempenhados em consonância com a vontade que foi declarada na outorga, ou seja, com o interesse do titular que os conferiu, pois, em nada seria conveniente que um poder outorgado por alguém, no seu exclusivo interesse, fosse exercido em dissonância com sua vontade³⁸¹.

Assim, a figura da procuração de cuidados de saúde harmoniza-se com o regime jurídico da representação voluntária sob o âmbito da procuração concedida no interesse exclusivo do *dominus*, vez que o procurador não age no seu próprio interesse ou benefício, mas exerce a representação para proteção do paciente, tomando decisões de cuidados de saúde que convirjam com os desejos e anseios do representado, refletindo a manifestação da dignidade pessoa humana harmonizada a autodeterminação e ao livre desenvolvimento da personalidade.

3.2. Procuração de Cuidados de Saúde

A procuração de cuidados de saúde é conceituada pela Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho, art. 12.º, n.º 1, como um documento por meio do qual se confere a uma pessoa, espontaneamente e de forma gratuita, poderes de representação em matéria de cuidados de saúde, para que aquela os desempenhe no caso de o representado se encontrar incapaz de expressar de forma pessoal e autónoma a sua vontade³⁸².

O instituto da procuração de cuidados de saúde nasce como uma resposta à incapacidade, limitada a área de saúde, sendo, pois, apresentado como um instrumento de exercício dos poderes de representação pelo procurador reservado àqueles incapazes de consentir ou dissentir frente a um ato médico³⁸³³⁸⁴.

O PCS enquadra-se como solução insculpida pela doutrina da alternativa menos restritiva de direitos, tendente a reconhecer uma mínima intervenção na restrição de direitos fundamentais e, conseqüentemente na capacidade civil (art. 26.º, n.º 2, CRP³⁸⁵). Trata-se, do próprio regime constitucional que estipula que restrições aos direitos, liberdades e garantias

³⁸⁰ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – *Op. Cit.*, 2017. p. 50 e 54.

³⁸¹ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – *Op. Cit.*, 2017. p. 55.

³⁸² LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: Lei n.º 25/2012, de 16 de julho - **Diário da República** n.º 136/2012, Série I de 2012-07-16, páginas 3728 – 3730 - Em Vigor. [Em linha]. [Consult. 10 de agos. de 2023]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2012-116052607>.

³⁸³ DIAS, Patrícia Cardoso – *Op. Cit.*, 2016a. p. 238.

³⁸⁴ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014. p.226.

³⁸⁵ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA – *Op. Cit.*

devam acontecer com base no princípio da proibição do excesso e da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2, CRP³⁸⁶), de modo que qualquer limitação deva ser congruente, essencial e harmônica com a medida protetiva³⁸⁷.

E, esse também é o sentido trazido na Recomendação do Conselho da Europa, Recomendação n.º R(99)4³⁸⁸ que consagra no Princípio 5, a necessidade e subsidiariedade como premissas essenciais na aplicação das medidas de proteção; no Princípio 2, a flexibilidade na resposta legal, de modo que a proteção de adultos incapazes devam moldar-se no respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais e; no Princípio 3, a máxima da preservação da capacidade, de forma que a medida de proteção não deve restringir automaticamente os direitos pessoais, compreendidos além direito de votar e testar, o direito de nomear um procurador de cuidados de saúde.

Na sequência, a Recomendação CM/Rec(2009)11³⁸⁹ que fundamentada no raciocínio da Recomendação n.º R(99)4 estabeleceu a imprescindibilidade dos Estados-Membros de promoverem a adoção ou a atualização de regras comuns quanto as procurações permanentes e as diretivas antecipadas, diante da preservação da autodeterminação dos adultos capazes em caso de incapacidade futura.

A procuração de cuidados de saúde, assim, surgiu esculpida na promoção da autodeterminação apresentando-se como instrumento moldável frente ao grau de capacidade da pessoa e ajustada às necessidades e circunstâncias particulares.

Nesse contexto, rompendo com a posição hetero-determinante paternalista, a Lei n.º 25/2012 reconheceu de forma expressa a força vinculativa das DAV's, mas especificamente da procuração de cuidados de saúde, desde que preencham os requisitos legais determinados na legislação³⁹⁰.

Por esse viés, diante do instrumento da nomeação do PCS o legislador fez densificar a autonomia, porquanto traduziu um instrumento para o suprimento do consentimento ou dissentimento frente ao ato médico, dando relevância a capacidade prospectiva da pessoa com a capacidade diminuída, consoante a proteção dos direitos de personalidade³⁹¹.

³⁸⁶ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA – *Op. Cit.*

³⁸⁷ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014. p.227.

³⁸⁸ RECOMENDAÇÃO N.º (99) 4 – *Op. Cit.*

³⁸⁹ COUNCIL OF EUROPE. Recommendation cm/rec (2009)11 of the committee of ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advanced directives for incapacity. [Em linha]. [Consult. 27 de jul. de 2023] Disponível em: <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1563397&Site=CM>>.

³⁹⁰ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013a. p. 18-20.

³⁹¹ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014. p. 229-230.

3.3. O Outorgante

Nos termos do instituto, primeiramente, deve-se atentar ao outorgante, pessoa representada e delineada sob o manto a (in)capacidade, situação esta, que sob uma maior ou menor perspectiva, faz justificar as vicissitudes do instrumento procuratório³⁹².

A procuração de cuidados de saúde constitui-se como um “documento pelo qual se atribui a uma pessoa, voluntariamente (...), poderes representativos em matéria de cuidados de saúde³⁹³”.

Precipuamente, deve-se avaliar se o desejo expresso pelo outorgante é suficiente frente à sua capacidade para planear cuidados médicos futuros. Antes do advento da Lei n.º 35/2023, de 21 de julho³⁹⁴, o art. 4.º da LDAV, já alterado pela Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto³⁹⁵, elencava como requisitos essenciais para outorga de poderes: que fosse realizado por pessoa maior; que não se encontrasse em situação de acompanhamento ou que, caso se encontrasse, que na sentença não tivesse sido decretada a vedação ao exercício dos direitos pessoais e; que se achasse apto para manifestar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido³⁹⁶.

Nesse cotejo, observava-se o afastamento dos menores de idade³⁹⁷ e de alguns maiores acompanhados, contudo, não englobando a sua totalidade. Afastavam-se, apenas, àqueles em que a medida de proteção vedasse o exercício dos direitos pessoais, em consonância com a Lei n.º 49/2018³⁹⁸.

Com a publicação da Lei n.º 35/2023 – Lei da Saúde Mental³⁹⁹ que modificou além do Código Penal, o Código da Execuções Penais e Medidas Privativas de Liberdade, o Código Civil, alterou-se também à Lei n.º 25/2012, de 16 de julho, que regula as DAV’s, especificamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de PCS e que criou o RENTEV.

Imbuída pelo espírito de promoção da efetiva titularidade dos direitos fundamentais das pessoas com necessidades de cuidados de saúde mental, doravante salvaguarda a sua individualidade, subjetividade e autonomia, a Lei n.º 35/2023 fez modificar o art. 4.º, consoante

³⁹² VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014. p.234.

³⁹³ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

³⁹⁴ LEI N.º 35/2023, de 21 de julho. **Diário da República** n.º 141/2023, Série I de 2023-07-21, páginas 2 – 23. [Em linha]. [Consult. 10 de ago. de 2023]. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/35-2023-215980339>.

³⁹⁵ LEI N.º 49/2018, de 14 de Agosto. **Diário da República** n.º 156/2018, Série I de 2018-08-14, páginas 4072 – 4086. [Em linha]. [Consult. 27 de jul. de 2023]. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/49-2018-116043536>

³⁹⁶ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

³⁹⁷ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014. p. 234.

³⁹⁸ LEI N.º 49/2018 – *Op. Cit.*

³⁹⁹ LEI N.º 35/2023 – *Op. Cit.*

revogou a alínea b) e, consequentemente tornou por simplificar os requisitos para a nomeação do PCS.

Nesse cotejo, passou-se a LDAV, literalmente, a referendar as premissas defendidas nesse trabalho, pedra de toque do nosso estudo, donde corroborou com as ilações constantes no primeiro capítulo, perpassadas pelo segundo e convergida com as atuais derivações.

A adoção da doutrina menos restritiva de direito, inclusive estampada no art. 4.º, alínea b), da Lei n.º 35/2023⁴⁰⁰, fez promover a dignidade e a autonomia da pessoa com a capacidade diminuída, porquanto realçou a sua capacidade residual, considerando a preservação do indivíduo até o limite do seu desempenho autônomo.

Por isso, destacou-se a inclusão do maior acompanhado através da preservação da sua soberania sobre sua esfera de interesse, reprovando medidas de proteção de privação geral e elevando a limitação da capacidade sob a estrita necessidade protetiva do sujeito.

Sob este enfoque, avultou-se que as medidas de proteção apenas são cabíveis quando ponderada à sua necessidade, consubstanciando-se em respostas jurídicas individualizadas, moldáveis ao grau de incapacidade do sujeito.

Assim, o espírito de manutenção da autonomia e da capacidade individual ainda existente referendou o entendimento sobre a conservação dos direitos pessoais dos maiores acompanhados.

E, sob esse viés, fez considerar que decretação de uma medida de acompanhamento não significa, *ab limine*, a ausência de capacidade do sujeito para articular decisões que o vincule⁴⁰¹. Mas pelo contrário, consolida-se na manutenção da autoridade decisória, da máxima preservação da capacidade do maior acompanhado.

Por essa razão, quando submetidos a uma medida de acompanhamento, os maiores mantêm, dessa feita, salvo decisão em contrário, a capacidade para o exercício dos direitos de personalidade⁴⁰², neles inseridos os direitos de consentir e dissentir sobre um ato ou tratamento médico, de nomear um procurador de cuidados de saúde e de testar.

A preservação da autonomia e da capacidade individual conjugada com a proporcionalidade e subsidiariedade das medidas protetivas, faz tornar salvaguardado, em regra, os direitos pessoais do maior acompanhado, o que toma como competente o próprio para consentir ou dissentir sobre uma conduta médica, tendo em vista ser a natureza jurídica do

⁴⁰⁰ LEI N.º 35/2023 – *Op. Cit.*

⁴⁰¹ RIBEIRO, Lucas Nobrega – O Maior Acompanhado e as Diretivas Antecipadas de Vontade. **Lex Medicinæ**. Instituto Jurídico: Coimbra, Ano 16, n.º 31-31 (2019). ISSN 1646-0359. p. 64.

⁴⁰² *Idem* – **Ibidem**.

consentimento/dissentimento com um ato jurídico *stricto sensu*⁴⁰³ que além de representar uma manifestação de vontade cujo efeito está definido em lei, concebe-se como exercício de bens de natureza eminentemente pessoal (vida, saúde, integridade, dignidade)⁴⁰⁴, o qual edifica autonomamente a capacidade para consentir⁴⁰⁵.

Desse modo, tem-se que a limitação à capacidade deve ser necessária, bem como não deve reprimir o incapaz da medida da sua capacidade⁴⁰⁶. Caso a medida protetiva não seja específica sobre a incapacidade para exercícios dos direitos de personalidade, entende-se como sendo o sujeito capaz de todas as relações que não foram expressamente excluídas, o que consiste em volver o maior submetido a proteção ao seu máximo exercício decisório⁴⁰⁷.

A nomeação de um PCS, como expressão e exercício do direito de personalidade, cinge-se sobre o mesmo sentido etimológico. Assim, mesmo diante de uma medida de acompanhamento, o outorgante é livre para decidir esclarecidamente, na medida da sua capacidade, sobre os cuidados de saúde que lhe convém⁴⁰⁸ seja atual ou seja na prospecção de sua vontade.

Assim, sob o escopo da teologia trazida pela Lei n.º 35/2023, não resta dúvida que a decisão de acompanhamento, salvo estipulação em contrário, não limita o direito pessoal, podendo o maior acompanhado redigir sua procuração de cuidados de saúde⁴⁰⁹, indicando-lhe um representante para suprir o seu consentimento ou dissentimento sob um ato médico quando, no futuro, estiver impossibilitado do exercício dos direitos de personalidade⁴¹⁰.

A ênfase da autonomia individual fez o legislador simplificar os requisitos para a elaboração da procuração de cuidados de saúde, focando-se exclusivamente na maioria do indivíduo e na capacidade para dar seu consentimento consciente, livre e esclarecido⁴¹¹.

O desembaraço legislativo trouxe eficiência jurídica, porquanto além de romper com os entraves, principalmente nos casos urgentes, alinhados pela averiguação quanto a existência ou não de limitação ao exercício do direito pessoal imposto pela decisão de acompanhamento, promove o combate de discriminação quanto ao estigma da incapacidade dos maiores acompanhados⁴¹².

⁴⁰³ PEREIRA, André Gonçalves Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 136.

⁴⁰⁴ RIBEIRO, Lucas Nobrega – *Op. Cit.*, p. 66.

⁴⁰⁵ PEREIRA, André Gonçalves Dias – *Op. Cit.*, 2004. p. 204.

⁴⁰⁶ RIBEIRO, Lucas Nobrega – *Op. Cit.*, p. 67.

⁴⁰⁷ RIBEIRO, Lucas Nobrega – *Op. Cit.*, p.69.

⁴⁰⁸ LEI N.º 35/2023 – *Op. Cit.*

⁴⁰⁹ BARBOSA, Mafalda Miranda - *Op. Cit.*, 2018. p. 40.

⁴¹⁰ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014. p. 229-230.

⁴¹¹ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

⁴¹² LEI N.º 35/2023 – *Op. Cit.*

Nesse contexto, o papel que faz volver o Direito nutre-se em saber se o requisito da capacidade que espelha a vontade do outorgante quando da elaboração da PCS encontra-se preenchido em sua plenitude, haja vista a possibilidade do maior acompanhado encontrar-se situado no limbo entre períodos de lucidez e outros encobertos pela doença⁴¹³.

O problema resolve-se na análise do elemento trazido na alínea c), do art.4.º, da LDAV, ou seja, do sujeito encontra-se capaz de dar o seu “consentimento consciente, livre e esclarecido⁴¹⁴”. Trata-se da análise casuística da capacidade que se desprende do exame de uma incapacitação geral casualmente determinada e traduzida como limitante⁴¹⁵.

Assim, caso o adulto sob medida protetiva de acompanhamento não possa declarar o seu consentimento, consciente, livre e esclarecido, não poderá, o próprio, além de direcionar a sua vontade quanto aos cuidados médicos, elaborar um documento de nomeação de PCS.

A própria normativa que possibilita o manejo da procuração de cuidados de saúde pelo adulto acompanhado é a mesma que veda o acesso aos que se achem numa circunstância de incapacidade de facto, de não se apresentarem aptos a querer e entender⁴¹⁶.

A salvaguarda pela autonomia individual vindica-se que para cada decisão isolada se afira a capacidade em cada atividade. E, sob essa perspectiva, dois aspectos se formam, o primeiro, referente a análise da capacidade quanto a outorga do documento e consentimento consciente, livre e esclarecido e, do segundo, relativo ao início da atuação de terceiro ocupando o lugar do incapacitado que apenas atuará após a decretação da incapacidade⁴¹⁷.

A alteração legislativa sinaliza a mudança de paradigma, no qual promove-se a autonomia individual nos vários quadrantes da vida, consoante salvaguarda-se o respeito à vontade, preferências e independência do indivíduo. Trata-se não apenas de um reflexo das mudanças sociais, mas de uma necessidade prática e interpretativa, vez que, sob o manto da antiga redação, poderia o sentido de salvaguarda da autonomia ser embaraçado e obstaculizado pela necessidade de busca ou averiguação dos limites impostos na sentença de acompanhamento.

Para esse efeito, a nova redação, mais descomplicada, trouxe ao núcleo o real propósito da nomeação de um PCS, o da capacidade do outorgante de dar o seu consentimento de forma livre, esclarecida e consciente, manifestação de sua vontade individual e autônoma.

⁴¹³ RIBEIRO, Lucas Nobrega – *Op. Cit.*, p.74.

⁴¹⁴ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

⁴¹⁵ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014. p. 234.

⁴¹⁶ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014. p. 234.

⁴¹⁷ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014. p. 235-237.

3.3.1. A Procuração de Cuidados de Saúde e a Representação Legal

O ordenamento jurídico Português não traz qualquer mecanismo formal e expresso de interação entre o PCS e o representante legal. Contudo, já anteriormente ao advento da Lei n.º 35/2023, sob a antiga redação do art. 4.º, alínea b), da LDAV⁴¹⁸, que expressava sobre a admissibilidade de pessoas em situação de acompanhamento, desde que não limitadas no exercício do direito pessoal, de nomearem um PCS, se aquiescia pela coexistência de ambos os instrumentos no ordenamento jurídico⁴¹⁹.

Nesse sentido, expressava Paula Távora Vitor que concluir diferente conduziria ao esvaziamento da nomeação do PCS, diante do que, na maioria dos casos, com advento da incapacidade o sujeito seria submetido a uma medida de acompanhamento, que, acaso não pudesse coexistir com o PCS tornaria este sem funcionalidade⁴²⁰.

Assim, sob a mesma premissa lógica, alinhada a mudança no paradigma legal, porquanto não veda, mas pelo contrário, promove a autodeterminação do maior acompanhado, continua-se defendendo pela possibilidade de coexistência de ambos os instrumentos protetivos, um de representação legal e outro de representação voluntária direcionado aos cuidados de saúde.

O manejo simultâneo de ambos institutos requer, contudo, que seja estabelecida qual decisão deverá preponderar em caso de choque. Duas situações são passíveis de acontecer, a primeira, de incapacidade anterior ao momento da outorgada da representação e, a segunda, referente a uma incapacidade superveniente.

Nesse viés, exsurge, no primeiro deslinde, que caso já haja um representante legal nomeado para o sujeito com capacidade diminuída, denota-se compatível que o titular do direito faça a nomeação do PCS recair sobre o próprio acompanhante, já que a atuação do representante legal se orienta pela melhor salvaguarda da autonomia e do interesse do beneficiário⁴²¹.

Na segunda circunstância, no caso de uma incapacidade incidental, a decisão que sobrepujará deve ser a do PCS, vez que se trata de um representante munido de poderes especiais, dado que se prioriza um instrumento especial de proteção voltado aos cuidados de saúde ao invés de uma medida ampla de proteção⁴²².

⁴¹⁸ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

⁴¹⁹ DIAS, Patrícia Cardoso – **Diretivas Antecipadas de Vontade: A Intransmissibilidade do Exercício de Direitos de Personalidade e a Nomeação de um Procurador de Cuidados de Saúde**. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2016. Dissertação de Mestrado em Direito, p.115.

⁴²⁰ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014, p. 245.

⁴²¹ *Idem* – *Ibidem*.

⁴²² *Idem* – *Ibidem*.

Trata-se do sentido referendado pela LDAV e também sufragado no princípio 1 da RECOMMENDATION CM/REC (2009)¹¹ OF THE COMMITTEE OF MINISTERS TO MEMBER STATES ON PRINCIPLES CONCERNING CONTINUING POWERS OF ATTORNEY AND ADVANCED DIRECTIVES FOR INCAPACITY⁴²³, em que deve-se priorizar as medidas de nomeação de procuradores permanentes sobre outras medidas de proteção, consoante a promoção dos princípios da autodeterminação e da subsidiariedade⁴²³.

3.4. Representante Voluntário em Matéria de Cuidados de Saúde – O Procurador de Cuidados de Saúde

Após o delineamento do outorgante, adentra-se na figura do outorgado, ou seja, no procurador de cuidados de saúde.

Nos termos do art. 4.º, sob remissão do art. 11.º, alínea b), ambos da LDAV, os mesmos requisitos do outorgante devem-se aplicar ao outorgado.

Assim, antes da nova redação trazida pela Lei n.º 35/2023, só podiam ser nomeados PCS as pessoas que: fossem maiores de idade, não estivessem em situação de acompanhamento que vede o exercício do direito pessoal e que se encontrassem capazes de declararem o consentimento consciente, livre e esclarecido⁴²⁴.

Sob esse contexto, algumas discussões eram empenhadas. Paula Távora Vitor argumentava sobre a diferenciação entre a capacidade do outorgante e do procurador, expressando que enquanto para o outorgante sobrelevava uma interpretação mais flexível da capacidade, norteadas na promoção da autodeterminação e nas habilidades individuais, o mesmo entendimento *latu* não deveria necessariamente aplicar ao representante, vez que seria problemático permitir que alguém, carecedor de aptidões, pudesse suprir a incapacidade de outra pessoa⁴²⁵.

Também, sob o mesmo viés, elucidava, Patrícia Cardoso Dias, que sendo a procuração de cuidados de saúde um instrumento legal que visa atender situações de incapacidade específica na área de saúde, seria irrazoável permitir que o sujeito com capacidade diminuída, ainda que residualmente sustentasse aptidão para declarar seu consentimento/dissentimento, pudesse representar o suprimimento da incapacidade do outorgante, singularmente porque a

⁴²³ COUNCIL OF EUROPE – RECOMMENDATION CM/REC (2009)¹¹ – *Op. Cit.*

⁴²⁴ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

⁴²⁵ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014, p. 237.

atuação do procurador não se restringiria a assuntos técnicos, mas refere-se diretamente aos aspectos fundamentais da personalidade física e psíquica do representando⁴²⁶. Nesses termos, defendia a autora que, no âmbito da autonomia prospectiva, entendia-se por cautela, como requisito para aferição da capacidade do procurador a observância das hipóteses descritas nas alíneas a) e c), do art. 4.º, da LDAV acrescida da plena capacidade do procurador como premissa de segurança para exercício no plano jurídico, consistente na salvaguarda dos desígnios do outorgante⁴²⁷.

No bojo da nova redação da Lei n.º 35/2023, diante da revogação da alínea b), do art. 4.º, consubstancia-se que podem ser procuradores os maiores de idade que se encontrem capazes de dar seu consentimento consciente, livre e esclarecido.

O foco principal nutre-se em saber se o representante tem capacidade suficiente e genuína para exercer o mandato de cuidados de saúde, o que, para se resolver esse dilema, deve-se, assim como no caso do outorgante, recorrer à alínea c), do art. 4º da LDAV⁴²⁸. Desta forma, compreende-se que somente pode ser nomeado como procurador àqueles considerados capazes para consentir de modo consciente, esclarecido e livre.

Isso significa que, para uma pessoa ser nomeada procurador em matéria de cuidados de saúde é imprescindível que além de maior, seja ela capaz de tomar decisões (consentimento ou dissentimento) consciente, livre e esclarecido, mormente deverá ter uma compreensão clara e imparcial das responsabilidades e implicações que advém da representação, razão esta que defende Paula Távora Vitor à aplicar a procuração de cuidados de saúde, *mutatis mutandis*, as diretrizes do regime geral de procuração, prevista no art. 263.º, do CC, que exige do procurador a aptidão para querer e compreender o negócio a ser celebrado⁴²⁹.

A LDAV quanto a nomeação do PCS foi mais reservada, do qual arrebatou determinadas pessoas do cargo de representante. Não podem ser nomeados PCS: a) os funcionários do Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV), bem como do cartório notarial que intervenham no ato das DAV's; b) os proprietários e os gestores de entidades que administrem ou pratiquem cuidados de saúde⁴³⁰.

Trata-se de restrição que visa evitar possíveis conflitos de interesse e abusos, no primeiro caso, quanto aos funcionários RENTEV e do cartório notarial que intervêm nos atos relacionados aos cuidados de saúde, objetiva-se impedir a prevenção de suspeição e de fácil

⁴²⁶ DIAS, Patrícia Cardoso – *Op. Cit.*, 2016b, p.115.

⁴²⁷ DIAS, Patrícia Cardoso – *Op. Cit.*, 2016b, p. 110.

⁴²⁸ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

⁴²⁹ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014, p. 237-238.

⁴³⁰ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

acesso, mormente possuir, tais sujeitos, facilidade no acesso às informações, o que pode acarretar potenciais suspeitas e conflitos de interesses. No segundo caso, quanto aos proprietários e gestores de entidades que administram ou prestam cuidados de saúde, tenciona-se inibir o perigo de abuso por haver relação de sujeição entre as entidades e o representado, bem como, barrar a prevenção de suspeição ou improbidade, tendo em vista que os interesses dos proprietários e gestores, financeiro e organizacional, podem estar em conflito com o melhor interesse do representando⁴³¹.

A Lei, no art. 11.º, n.º 4⁴³², contudo, traz exceção a alínea b), do n.º 3, do art. 11.º, porquanto possibilita que sejam nomeados como procuradores, mesmo que estejam envolvidos em atividades relacionadas à prestação de cuidados de saúde, os familiares do outorgante. Tal exceção justifica-se, porque faz a lei reconhecer que possíveis riscos de tal nomeação são superados pela capacidade do familiar de compreender o íntimo e o pessoal querer do outorgante, principalmente quando à sua saúde e bem-estar, consubstanciando-se numa posição privilegiada para interpretar e agir de acordo com a genuína vontade do representado, mesmo que esteja envolvido profissionalmente na área da saúde⁴³³.

Nesse contexto, apregoa-se que sentido técnico da aceção “relação familiar”, engloba além das relações matrimônias e de filiação, a relação de afinidade e parentesco até o sexto grau, consoante dispõe o art. 1582.º, do CC⁴³⁴, o que faz alargar a nomeação de familiares mais distantes⁴³⁵, e faz, ainda, coadunar a LDAV com o dever de cooperação entre cônjuges (art. 1674.º) e com o dever de auxílio entre pais e filhos (art. 1874.º, n.º 1) todos circunscritos no Código Civil⁴³⁶.

Na sequência, prevê o art. 11.º, n.º 5, sobre a possibilidade do outorgante de nomear um segundo procurador de saúde no caso do inicialmente escolhido apresentar-se impossibilitado de agir⁴³⁷. Sob essa disposição, Diana Sara Lopes Raimundo traz à baila as nuances de que o permissso legal não se restringe, tão somente, à nomeação de um substituto legal no caso de impedimento, mas que engloba uma ideia ampla de liberdade de escolha, o que, consequentemente, faz possibilitar a nomeação de vários procuradores, sejam para atuarem

⁴³¹ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014, p. 238.

⁴³² LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

⁴³³ DIAS, Patrícia Cardoso – *Op. Cit.*, 2016b, p. 111.

⁴³⁴ CÓDIGO CIVIL – *Op. Cit.*

⁴³⁵ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014, p. 238.

⁴³⁶ *Idem* – *Ibidem*.

⁴³⁷ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

conjuntamente ou sucedaneamente, garantindo a autonomia e a dignidade do outorgante⁴³⁸.

A sugestão que se defende, é gerida por Claudia Monge, de que a LDAV deveria ter enfatizado à relação do procurador de cuidados de saúde com o regime jurídico existente no Código Civil, mais especificamente referendando uma atuação do representante pautada no exclusivo interesse do *dominus* (art. 265.º, n.º 2, do CC)⁴³⁹, o que, sob essa perspectiva deixou a LDAV a desejar, doravante não excluiu, explicitamente, a nomeação de pessoa como procurador que pudesse ter interesse contrário ao representado⁴⁴⁰, contradizendo o próprio regime da procuração outorgada que apenas tem seu efeito concretizado quando no restrito interesse do *dominus*⁴⁴¹, no completo alinhamento das necessidades e anseios do paciente.

3.5. Poderes do Representante Voluntário em Matéria de Cuidados de Saúde

O PCS recebe poderes de representação para agir, no âmbito dos cuidados de saúde, em nome do paciente, constituindo-se como um representante voluntário⁴⁴², o que implica numa relação (entre os sujeitos) baseada no consentimento e confiança, ou seja, na voluntariedade da nomeação.

O papel do representante voluntário requer que o procurador atue com fidelidade e integridade, o que faz evitar conflito de interesses e garantir que a atuação reflita unicamente o interesse do *dominus* (paciente)⁴⁴³.

A figura do PCS, designado como representante voluntário, possui capacidade de contornar limitações que outros mecanismos isofismavelmente enfrentam, tendo em vista, primeiramente que o aspecto voluntário da nomeação lhe propicia uma posição privilegiada para verdadeiramente atender aos desejos daqueles que, por algum motivo, apresentam-se com a capacidade reduzida, donde tal pessoa poderá, enquanto capaz, indicar este procurador não apenas para representá-la, mas também para que este compreenda e respeite seus anseios mais profundos, algo não garantido na representação legal tradicional e, segundo, por permitir que o

⁴³⁸ RAIMUNDO, Diana Sara Lopes – O procurador de cuidados de saúde na lei n.º 25/2012, de 16 de julho. **Revista Eletrônica de Direito Público**. [Em linha]. [sl]: [sn], 2014. Vol. I, n.º 2, p.513. ISSN 2183-184x. Disponível em <https://e-publica.pt/article/34585>.

⁴³⁹ MONGE, Cláudia – As diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico português. In: **Tratado de Bioética Jurídica**. [Em linha]. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. p.75-76. ISBN 9786556276052. [Consult. 20 jul. 2023]. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556276052/>.

⁴⁴⁰ DIAS, Patrícia Cardoso – **Op. Cit.**, 2016b, p. 112.

⁴⁴¹ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – **Op. Cit.**, 2017, p. 49.

⁴⁴² VITOR, Paula Távora – **Op. Cit.**, 2014, p. 240.

⁴⁴³ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – **Op. Cit.**, 2017, p. 49.

procurador tome decisões em tempo real, vontade atual, baseadas nas circunstâncias atuais e na agnição que possui sobre o representado, mecanismo que supera as limitações de um testamento vital, tido como um documento mais rígido e fixo no tempo⁴⁴⁴.

Assim, a procuração de cuidados de saúde representa uma forma de suprimento de incapacidade do paciente no âmbito da saúde, porquanto refere-se à manifestação pelo procurador do consentimento ou do dissentimento para um ato ou tratamento médico por conta e no interesse do representado norteado por mandato expresso concedido com o mesmo valor da vontade manifestada pelo titular⁴⁴⁵⁴⁴⁶⁴⁴⁷.

A matéria que versa sobre os poderes do procurador cinge-se no âmbito dos cuidados de saúde⁴⁴⁸.

Numa interpretação restrita⁴⁴⁹ entende-se que o procurador encontra-se limitado a tomada de decisão estritamente relacionadas aos cuidados de saúde do representado, ligada ao consentimento ou dissentimento de um tratamento médico, ou seja, às questões médicas diretas.

Numa perspectiva ampla⁴⁵⁰, entretanto, na atuação do procurador poderiam ser incluídas todas as ações e decisões que, mesmo que indiretamente, estivessem ligadas aos cuidados de saúde do outorgante, o que abrangeria a escolha na contratação de profissionais e estabelecimentos de saúde, a gerencia do acesso a divulgação de informações médicas, dentre outros.

É sob esse recorte mais amplo que se compreendem os poderes do procurador de cuidados de saúde⁴⁵¹⁴⁵², consoante interpretação legislativa que permite ao outorgante a flexibilidade de definir o escopo dos poderes do procurador de acordo com suas necessidades e anseios individuais, do que se permite uma personalização do papel do procurador adaptado as vicissitudes do representado.

O acolhimento de uma interpretação mais ampla acarreta uma responsabilidade adicional ao procurador por exigir um conhecimento não apenas quanto as necessidades médicas do outorgante, mas também sob o escopo legal, técnico e administrativo relacionado aos cuidados de saúde. Trata-se da atuação do procurador adaptada as necessidades do

⁴⁴⁴ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014, p. 240.

⁴⁴⁵ DIAS, Patrícia Cardoso – *Op. Cit.*, 2016b, p. 113.

⁴⁴⁶ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – *Op. Cit.*, 2017, p. 49.

⁴⁴⁷ RAPOSO, Vera Lúcia – Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida. **Revista do Ministério Público**. Lisboa. Depósito Legal n.º 1997/86. N.º 125 (jan.-mar. 2011). p.177.

⁴⁴⁸ DIAS, Patrícia Cardoso – *Op. Cit.*, 2016b, p. 113.

⁴⁴⁹ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014, p. 240.

⁴⁵⁰ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014, p. 240-241.

⁴⁵¹ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014, p. 241.

⁴⁵² MONGE, Cláudia – *Op. Cit.*, p. 63.

representado, sob um campo amplo condizente com uma complexidade adicional e compreensão dos poderes de representação.

Para concretização do campo de atuação do PCS deve-se observar o art. 2.º, n.º 2 e o art. 5.º, ambos da LDAV.

No art. 2.º, n.º 2 o legislador referencia as disposições que expressam a vontade clara e inequívoca do outorgante que, ao estabelecer o conteúdo das disposições, faz aproximar do caráter estático e pretérito do testamento vital⁴⁵³. Isso porque menciona diretrizes fixas as quais referem-se à intenção do outorgante no momento pretérito da sua declaração. Não obstante, no que tange a procuração de cuidados de saúde, o poder decisório central é dado ao procurador, que deve tomar suas decisões baseadas na realidade presente e na necessidade do representado⁴⁵⁴, o que conduz para uma “maior rarefacção da vontade⁴⁵⁵” expressa pelo outorgante, que pode ser menos específica e mais aberta à interpretação.

Os limites estabelecidos do art. 5.º, da LDAV⁴⁵⁶ não podem deixar de ser observados na procuração de cuidados de saúde, mormente não serem aceitos juridicamente os atos que sejam contrários à lei, à ordem pública, que possa contrariar as boas práticas, que cujo cumprimento possa provocar a morte não natural e evitável ou que o outorgante não possa expressar a sua vontade.

Observe-se que o limite estabelecido no art. 5.º, alínea c)⁴⁵⁷, traduz-se na própria definição das DAV’s consolidada no art. 2.º, n.º 1.º, LDAV⁴⁵⁸. A manifestação de uma vontade consciente, livre e esclarecida faz parte da própria concretização e significância das DAV’s e, mais especificamente, da sua espécie do PCS, sem a qual considera-se como inexistente o instituto por negar sua própria natureza e designação, mormente faz Claudia Monge sugerir a minimização desta ambiguidade através da inserção como limite imposto no art. 5.º, alínea c), o aconselhamento adequado realizado pelo profissional de saúde, o que ajudaria garantir que a vontade outorgada fosse clara, esclarecida e consciente⁴⁵⁹, consoante garantiria ao outorgante o verdadeiro esclarecimento às opções escolhidas⁴⁶⁰.

O art. 5.º, da LDAV⁴⁶¹ encontra-se consonância com o Código Civil e o Código Penal.

⁴⁵³ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014, p. 241.

⁴⁵⁴ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014, p. 241.

⁴⁵⁵ *Idem* – *Ibidem*.

⁴⁵⁶ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

⁴⁵⁷ *Idem* – *Ibidem*.

⁴⁵⁸ *Idem* – *Ibidem*.

⁴⁵⁹ MONGE, Cláudia – *Op. Cit.*, p. 64.

⁴⁶⁰ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014, p. 242-243.

⁴⁶¹ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

Quanto ao primeiro, apresenta-se conexão com o art. 280.º do CC⁴⁶², ao expressar que serão juridicamente inexistentes os negócios contrários à lei, à ordem pública, porquanto faz, ainda o legislador acrescentar o respeito pela *legis artis*, ou seja, pela ética médica. E, quanto ao segundo, dirige-se aos artigos 134.º e 135.º, do CP⁴⁶³, fazendo distanciar a nomeação de um PCS dos crimes contra a vida⁴⁶⁴.

A Lei n.º 25/2012, contudo, não estabeleceu regra específica quando a redação e nem quanto a obrigação de inclusão de limites específicos na procuração de cuidados de saúde, o que deixa a cargo do outorgante a opção, e não a exigência, quanto a inserção de balizas e/ou condições que deseje⁴⁶⁵.

Sob essa premissa, elucida Vera Lúcia Raposo que nenhuma procuração de amplos poderes de representação em cuidado de saúde, sem qualquer freio ou limite imposto *a priori* pelo outorgante, deve ser recusada⁴⁶⁶, mormente tratar-se de um ato voluntário de representação.

A procuração confeccionada pelo outorgante faz refletir o grau de autonomia do procurador no exercício dos poderes representativos, se possibilita uma maior ou menor liberdade para a tomada de decisão ou se estabelece ou não uma direta decisão antecipada do outorgante⁴⁶⁷.

O procurador, contudo, deve utilizar os seus poderes de acordo com o interesse do *dominus*, ou seja, de acordo com a declaração de vontade que desenvolveu a outorga, gozando, pois, ele de autonomia, mas não de independência⁴⁶⁸.

Assim, deve o procurador agir no interesse do paciente, não apenas relacionado aos tratamentos de saúde, mas levando em consideração também os valores e as presumidas vontades do representado, captadas através de prévias conversas e instruções sobre seus desígnios em situações específicas⁴⁶⁹.

Conferir a alguém uma procuração em cuidados de saúde para tomada de decisões pode, em muitos casos, levantar questões complexas, elucida Vera Lúcia Raposo. Assim, embora essa perspectiva tenha a intenção de capacitar o procurador para agir no melhor interesse do representante, constantemente surgem dilemas quando o teor da procuração apresenta-se vago

⁴⁶² CÓDIGO CIVIL – *Op. Cit.*

⁴⁶³ CÓDIGO PENAL – *Op. Cit.*

⁴⁶⁴ MONGE, Cláudia – *Op. Cit.*, p. 64.

⁴⁶⁵ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013b, p. 91.

⁴⁶⁶ *Idem* – *Ibidem*.

⁴⁶⁷ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – *Op. Cit.*, 2017, p. 50.

⁴⁶⁸ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – *Op. Cit.*, 2017, p. 55.

⁴⁶⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – *Op. Cit.*, 2004, p. 239 e 241.

ou muito amplo. Esse tratamento flexível, apesar de parecer benéfico, pode conduzir na mau interpretação do real desejo do paciente ou até mesmo na sua preterição.

Nesse contexto, a nomeação de um PCS sem a oferta de diretrizes específicas, em alguns momentos, pode gerar a falta de clareza, seguida de discordâncias substanciais entre o PCS e os profissionais de saúde e, na pior das situações, a consequente preterição da autonomia do procurador nomeado sobrelevando a vontade médica, caso em que profissional de saúde focasse nas práticas padrão ou em suas próprias convicções, desprezando a vontade do paciente.

Preceitua Vera Lúcia Raposo que, atualmente, com base na Lei n.º 25/2012, se um profissional de saúde acredita que a decisão do procurador não é adequada a vontade do paciente, suas opções seriam, a primeira, de prosseguir com o que acredita ser o desejo presumido do paciente, aceitando, assim, possíveis implicações legais e, a segunda, sob maior cautela e se o tempo permitir, provocar o judiciário para avaliar a decisão do procurador⁴⁷⁰.

Apesar da flexibilidade admitida pela Lei n.º 25/2012 é aconselhável que o outorgante inclua na nomeação de PCS condicionantes e limitações, consoante o potencial perigo que possa advir caso seja concedida uma margem de manobra excessivamente ampla ao procurador⁴⁷¹, pelo que se atua no palco dos direitos de personalidade.

Há de se equacionar, porém que a procuração de cuidados de saúde não pode ser excessivamente restritiva⁴⁷² em termos do poder decisório do procurador sob pena de equipará-lo ao nuncio, pessoa que se limita a transmitir a vontade do outorgante, sem qualquer participação ativa no negócio⁴⁷³, razão que esvaziaria a finalidade do instituto, de nomear alguém para se transmitir à vontade mais recente do paciente consoante as especificidades da situação de saúde.

3.5.1. Caráter Vinculativo dos Poderes

A tomada de decisão do PCS concretiza-se mediante observância dos requisitos gerais de validade definidos para as DAV's conjugadas às regras específicas, direcionadas ao procurador, trazidas pelo art. 13.º, Lei n.º 25/2012⁴⁷⁴.

Assim, estabelece-se que as decisões tomadas pelo PCS, dentro dos limites de poder

⁴⁷⁰ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013b, p. 103.

⁴⁷¹ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013b, p. 91.

⁴⁷² DIAS, Patrícia Cardoso – *Op. Cit.*, 2016b, p.124.

⁴⁷³ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – *Op. Cit.*, 2017, p. 51.

⁴⁷⁴ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

outorgado, devem ser respeitadas pelos profissionais de saúde como se pelo próprio paciente fosse declarada⁴⁷⁵, porquanto manifestada com autoridade diferente daquela feita por um mero familiar ou amigo⁴⁷⁶.

Elucida Vera Lúcia Raposo que a terminologia trazida pelo legislador “dentro dos limites dos poderes representativos que lhe competem⁴⁷⁷” deve representar o respeito a uma tríade: aos limites gerais, aos específicos e aos impostos pelo outorgante. De tal modo, para que a decisão do PCS equivalha em autoridade à do paciente deve o representante observar conjuntamente as restrições amplas impostas às decisões de cuidados de saúde, aos limites impostos especificamente pela LDAV aos PCS e, por último, as restrições incluídas pelo próprio paciente⁴⁷⁸, somente assim, haveria uma tomada de decisão vinculativa.

É de se perquirir, conforme o art. 17.º, ns.º 1 e 2., da Lei n.º 25/2012⁴⁷⁹ que caberá ao médico responsável pela prestação dos cuidados médicos assegurar o acesso a existência da procuração de cuidados de saúde registrada no RENTEV, devendo ela ser anexada ao processo clínico do outorgante.

No bojo do art. 6.º, n.º 4⁴⁸⁰ estabelece-se, contudo, uma hipótese de não vinculação da manifestação prospectiva. Assim, prevê que em caso de urgência ou de perigo imediato à vida do paciente, a equipe médica não tem o dever de considerar a procuração de cuidados de saúde, quando o seu acesso acarretar atraso que coloque em risco a vida ou a saúde do paciente. O legislador, dessa forma, faz ressaltar a importância de uma resposta rápida frente a uma emergência médica, mesmo que temporariamente necessite-se ignorar a antecedente vontade do paciente declarada através de uma procuração de cuidados de saúde.

Ademais, o legislador, também, retira a força vinculativa das DAV's, nos casos expressos no art. 6.º, n.º 2, alíneas a), b) e c), cabendo, pois, ao médico, diante do seu conteúdo mais ou menos densificado, justificar ou não a existência causal quando da prestação do serviço de saúde⁴⁸¹.

Na alínea a), o legislador torna ineficaz⁴⁸² a procuração de cuidados de saúde quando se comprove que o outorgante não deseja mais manter a vontade manifestada⁴⁸³.

As diretivas, apesar de declaradas com base no que o paciente acredita que desejará no

⁴⁷⁵ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013a, p.19.

⁴⁷⁶ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013b, p. 90.

⁴⁷⁷ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

⁴⁷⁸ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013b, p. 90.

⁴⁷⁹ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

⁴⁸⁰ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

⁴⁸¹ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014, p. 243.

⁴⁸² MONGE, Cláudia – *Op. Cit.*, p. 66.

⁴⁸³ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

futuro, podem, diante das preferências, circunstâncias casuísticas de vida ou de risco de morte, modificarem, de forma que aquilo que anteriormente foi declarado não mais reflita os desejos atuais do paciente. A existência de incongruência entre o que foi declarado anteriormente com a atual vontade do paciente confirmada através de uma convicção mínima consistente⁴⁸⁴ acarreta a inexecução da procuração de cuidados de saúde, nos termos da alínea a).

Tal situação centra-se em avaliar, através de um processo contínuo de comunicação entre profissional de saúde, familiares, amigos e procurador, se a vontade atual do outorgante corresponde ou não àquela anteriormente manifestada. Trata-se de uma ponderação realizada pelo profissional de saúde, através de um cauteloso e diligente processo, sob pena de banalizar a repulsa às diretivas⁴⁸⁵. Dessa forma, é vital que os médicos sejam conhecedores não apenas das habilidades técnicas, mas também de aptidões éticas que lhes permitam navegar sob essa delicada ponderação, caso contrário, haveria risco de tornar secundária a vontade do paciente, consoante a rejeição ou o desapego das instruções pré-antecipadas e menosprezo da autonomia do outorgante.

Na expressão da alínea b) incorre que a procuração de cuidados de saúde não deve ser respeitada se verificar evidente desatualização da vontade do outorgante em face do progresso dos meios terapêuticos⁴⁸⁶.

Nesta hipótese, reconhece-se a possibilidade do entendimento do paciente sobre o seu tratamento ficar obsoleto em face do progresso dos meios terapêuticos do que, um tratamento que antes, a época declaração de vontade, não lograva qualquer esperança de recuperação, hoje, pode-se apresentar como de íntegra reabilitação⁴⁸⁷.

A desatualização advinda após a elaboração da procuração pode ser interpretada como uma mudança de circunstância que afeta a declaração de vontade, ideia semelhante acontece na *clausula rebus sic stantibus* aplicada no direito civil, art. 437.⁴⁸⁸, quando há significativa mudança nas circunstâncias subjacentes da relação contratual⁴⁸⁹. Dessa forma, se a vontade do paciente, em face dos progressos médicos, não refletir a realidade médica atual, deve a procuração ser considerada ineficaz.

Quanto a alínea c), considera-se ineficaz a procuração de cuidados de saúde que não corresponda as circunstâncias de fato que o outorgante observou no momento da sua assinatura.

⁴⁸⁴ MONGE, Cláudia – *Op. Cit.*, p. 67 e 68.

⁴⁸⁵ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013b, p. 98.

⁴⁸⁶ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

⁴⁸⁷ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013b, p. 98 e 99.

⁴⁸⁸ CÓDIGO CIVIL – *Op. Cit.*

⁴⁸⁹ MONGE, Cláudia – *Op. Cit.*, p. 67.

Diante de tal previsão, referenciou o legislador a hipótese de existência do vício de forma na hora em que o outorgante expressou sua vontade⁴⁹⁰.

Trata-se da identificação da teoria do erro, cabendo a discussão no caso concreto, se o erro apresenta-se como motivo determinante na manifestação de vontade, art. 252.º, n.º 1, do CC⁴⁹¹, ou se configuraria como erro sobre a base do negócio⁴⁹², insculpido no art. art. 252.º, n.º 2, do CC⁴⁹³.

O direcionamento insculpido no art. 6.º, n.º 2, da Lei n.º 25/2012 se compatibiliza com o regime constante no art. 156.º, n.º 2, do Código Penal, o que faz demonstrar uma acertada solução, haja vista que existindo ou não uma procuração de cuidados de saúde deve sempre, o profissional de saúde, agir na busca pela proteção e pelo respeito do paciente através da aferição da sua vontade hipotética real atual⁴⁹⁴.

Dessa forma, no âmbito especial das diretivas a Lei n.º 25/2012 preponderou a atualidade do consentimento, porquanto direcionou o profissional de saúde, diante uma declaração *in casu*, para empreender a averiguação se aquela ainda é a vontade presumida do outorgante e, caso não seja, inexecuta-se a procuração, consoante harmonizam-se a autônima, a vontade prospectiva do outorgante com a beneficência e a proteção do paciente⁴⁹⁵.

Em compêndio, consagra-se a preponderância pela vontade real, ainda que presumível, sobre a vontade prospectiva manifestada⁴⁹⁶. O médico vindo a executar uma diretiva é responsável por interpretar a vontade real do declarante conforme a interpretação dos negócios jurídicos da lei civil, mais especificamente de acordo com o art. 236.º, do CC⁴⁹⁷, consoante tratar-se a procuração de cuidados de saúde um negócio jurídico unilateral com efeitos pessoais para o outorgante. Assim, o profissional de saúde deve, portanto, esforçar-se para identificar e honrar o que acredita ser a verdadeira vontade do paciente, como se o declarante tivesse que tomar a decisão no momento atual da intervenção, mormente se depreende do cuidado e confiança, baseando-se em informações confiáveis para assegurar que a decisão esteja alinhada com a vontade real do paciente⁴⁹⁸.

Dessa feita, se após o exercício interpretativo o profissional de saúde verificar que a declaração prospectiva não corresponde à vontade real presumida do paciente deve afastar o

⁴⁹⁰ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013b, p. 98.

⁴⁹¹ CÓDIGO CIVIL – *Op. Cit.*

⁴⁹² MONGE, Cláudia – *Op. Cit.*, p. 67.

⁴⁹³ CÓDIGO CIVIL – *Op. Cit.*

⁴⁹⁴ MONGE, Cláudia – *Op. Cit.*, p. 66.

⁴⁹⁵ MONGE, Cláudia – *Op. Cit.*, p. 67.

⁴⁹⁶ MONGE, Cláudia – *Op. Cit.*, p. 68.

⁴⁹⁷ CÓDIGO CIVIL – *Op. Cit.*

⁴⁹⁸ MONGE, Cláudia – *Op. Cit.*, p. 68.

caráter vinculante da procuração de cuidados de saúde e considerar a sua ineficácia. Em conclusão, observa-se que o respeito pelo paciente como pessoa e a sua vontade sempre deve ser o princípio central de qualquer atuação médica.

3.6. Forma e Formalidade da Procuração de Cuidados de Saúde

A Lei n.º 25/2012, no art. 3.º, n.º 1, sob o título “forma do documento”⁴⁹⁹ define os requisitos para a procuração de cuidados de saúde, delineando quanto ao plano de validade a observância da forma escrita – “as diretivas antecipadas de vontade são formalizadas através de documento escrito (...)”⁵⁰⁰.

A procuração de cuidados de saúde configura-se sob a natureza de um negócio jurídico unilateral, consoante outorga poderes representativos⁵⁰¹, o que, por essa razão, faz enfatizar a aplicação do regramento geral, insculpido no Código Civil, para a forma negocial e para os efeitos da inobservância da forma, arts. 219.º e 220.º⁵⁰², às DAV’s, sob uma reflexão de ponderação, segurança e certeza⁵⁰³.

Dessa feita, resta estabelecido que para a validade da declaração negocial unilateral formalizada numa procuração de cuidados de saúde deve-se observar a forma escrita prescrita pela Lei n.º 25/201 (art. 219.º, do CC), sob pena de nulidade do ato (art. 220.º, do CC).

Além da forma definida, o art. 3.º, n.º 1, impõe também como requisito de validade que este documento escrito seja “assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registo Nacional do Testamento Vital ou notário (...)”⁵⁰⁴.

Com efeito, observa-se que para a formalização válida uma procuração deverá ela além de ser elaborada através de um documento escrito, ser assinada na presença do notário ou de um funcionário do RENTEV.

Outro leque de requisitos formais centra-se na observância dos elementos trazidos na definição das DAV’s, no art. 2.º, n.º 1, ajustados à legitimidade do outorgante que deve ser maior de idade⁵⁰⁵ e, quanto à vontade manifestada, que deve ser consciente, livre e

⁴⁹⁹ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

⁵⁰⁰ *Idem* – *Ibidem*.

⁵⁰¹ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – *Op. Cit.*, 2017, p. 48 e 49.

⁵⁰² CÓDIGO CIVIL – *Op. Cit.*

⁵⁰³ MONGE, Cláudia – *Op. Cit.*, p. 70.

⁵⁰⁴ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

⁵⁰⁵ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013b, p. 94.

esclarecida⁵⁰⁶.

No entanto, nota-se, que apesar da Lei n.º 25/2012 enfatizar a necessidade de um consentimento esclarecido, não exigiu a participação de um profissional de saúde na elaboração da vontade prospectiva, ausência esta que pode gerar incertezas quanto à capacidade do outorgante na compreensão clara e consciente de suas escolhas de tratamento sem o adequado aconselhamento médico.

Nesse sentido, defende-se, corroborado por Vera Lúcia Raposo⁵⁰⁷, Claudia Monge⁵⁰⁸, Torsten Verrel⁵⁰⁹ e Geraldo Rocha Ribeiro⁵¹⁰ que o aconselhamento prévio com o profissional se apresenta como de crucial importância, primeiro, porque favorece o consentimento e/ou dissentimento que será declarado na DAV, sendo, pois, o esclarecimento, seu elemento essencial⁵¹¹. A presença do médico possibilita certificar que o outorgante tem pleno conhecimento daquilo que aceita ou recusa, caracterizando-se como mecanismo acautelatório de que a vontade base ou fundamento da nomeação de um PCS seja livre, consciente e esclarecida⁵¹². Segundo, porque através da consulta médica pode-se aferir a capacidade mental do paciente e indicar indícios da não manifestação de uma vontade livre⁵¹³.

A falta de exigência legal de aconselhamento prévio na elaboração de uma DAV pode gerar riscos, diante do que poderá haver lacunas e indecisões na compreensão da vontade do indivíduo, acarretando ausência de informações acertadas que validem o consentimento, o que torna o documento frágil. A falta de clareza e precisão numa procuração de cuidados de saúde pode criar conflitos legais e éticos, consoante será aberta margem para interpretações equivocadas da vontade do paciente.

Apesar da Lei n.º 25/2012 não exigir o acompanhamento médico na confecção das DAV's, é certo que ela prevê que tal situação possa acontecer, do que possibilita, no art. 3.º, n.º 2 que conste nas DAV's a identificação e a assinatura do médico.

Para além dos requisitos formais à elaboração da procuração de cuidados de saúde, o art. 3.º, n.º 1⁵¹⁴, estipula que deve constar do documento escrito a identificação completa do outorgante, o lugar a data e a hora da sua assinatura e, as situações de cuidados de saúde que

⁵⁰⁶ MONGE, Cláudia – *Op. Cit.*, p. 73.

⁵⁰⁷ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013b, p. 94.

⁵⁰⁸ MONGE, Cláudia – *Op. Cit.*, p. 70 e 71.

⁵⁰⁹ VERREL, Torsten, *apud* MONGE, Cláudia – *Op. Cit.*, p.71.

⁵¹⁰ RIBEIRO, Geraldo Rocha – A Decisão Médica no Âmbito dos Cuidados de Saúde de Incapazes Adultos. *Lex Medicinæ*. Instituto Jurídico: Coimbra, Ano 14, n.º 27-28 (2017). ISSN 1646-0359, p 60.

⁵¹¹ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2011, p. 179.

⁵¹² *Idem* – *Ibidem*.

⁵¹³ VERREL, Torsten, *apud* MONGE, Cláudia – *Op. Cit.*, p.71.

⁵¹⁴ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

pretende prospectar sua vontade, sendo certo que tais situações, perante o PCS, são flexíveis e interpretadas de forma ampla, donde contornam a rigidez do testamento vital⁵¹⁵.

Conjugado com os mencionados requisitos o art. 16.º prevê, dentro das formalidades do ato, a possibilidade do seu registro no RENTEV com eficácia meramente declaratória. Assim, “o registro, enquanto formalidade, só terá efeito meramente declarativo se a diretiva for válida⁵¹⁶”, consoante observância das determinações contidas nos arts. 3.º e 2.º da Lei.

Contudo, ainda que o legislador escolheu a facultatividade do registro com seu efeito meramente declaratório, a maneira mais eficaz para garantir que a DAV fosse efetivamente conhecida seria através da imposição desse registro no RENTEV como uma formalidade obrigatória, o que permitiria salvaguardar a certeza e a clareza da informação, das preferências e das instruções do paciente, minimizando a tensão quanto a eficácia na sua implementação⁵¹⁷.

Quanto ao registro no RENTEV, a Portaria n.º 96/2014, de 05 de maio⁵¹⁸, que regulamenta a sua organização e o seu funcionamento, instituiu no art. 3.º, que apenas após a aferição da conformidade com os requisitos constantes na Lei n.º 25/2012 é que o processo de registro será concluído e gerará seus efeitos.

Nesse sentido, nada mais acertado seria que o legislador tivesse imposto a obrigatoriedade do registro, visto que além de garantir o poder vinculante da procuração de cuidados de saúde, através do cumprimento e aferição dos requisitos legais realizado pelo RENTEV, asseguraria o conhecimento e a implementação das DAV's pela equipe médica.

De qualquer sorte, o RENTEV ou o notário somente podem verificar a conformidade das DAV's à lei, isto posto, possíveis problemas com seu conteúdo, incluindo considerações de avanços científicos recentes e avaliação das contrariedades existentes na declaração prospectiva e na verdade real presumida do paciente somente poderão ser identificadas contextualmente pelo médico encarregado da prestação de cuidados de saúde⁵¹⁹.

Sob tal situação, defende Vera Lúcia Raposo⁵²⁰ que a redação do art. 3.º, n.º 1 é ambígua, vez que determina como um dos requisitos para a validade da DAV que ela seja assinada presencialmente perante um notário ou um funcionário do RENTEV, conquanto não atribui a eles poderes para verificação dos requisitos estipulados nos arts. 3.º, n.º 1, 4.º e 5.º da LDAV. Justifica seu entendimento ao destacar que o momento que esses profissionais intervêm

⁵¹⁵ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013b, p. 94.

⁵¹⁶ MONGE, Cláudia – *Op. Cit.*, p. 73.

⁵¹⁷ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013b, p. 95.

⁵¹⁸ PORTARIA N.º 96/2014. *Diário da República*, Série I. N.º 85 (05-05-2014), p. 2637-26-39. [Em linha]. [Consult. 17 de jul. de 2023]. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/portaria/96-2014-25343768>

⁵¹⁹ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013b, p. 101.

⁵²⁰ *Idem* – *Ibidem*.

no ato, seria, pois, o mais oportuno para confirmar a presença de todas as informações legais necessárias, destacando as omissões significativas e sugerindo as correções pertinentes, porquanto detentores de conhecimentos jurídicos ausentes da seara médica.

Regula o art. 17.º, da Lei n.º 25/2012, que caberá ao médico responsável pela prestação de cuidados de saúde averiguar junto ao RENTEV se o paciente é portador de uma DAV, máxime de busca pela informação formal e documentada sobre as preferências de cuidados de saúde do paciente.

Contudo, pode acontecer, diante da facultatividade do registro, que haja a existência de uma DAV, inobstante ausente seu registro. E, pela problemática averiguada, apregoa-se pela aplicação teleológica da lei, mormente necessitar que o profissional de saúde investigue de todas as formas possíveis, com amigos e familiares, a possível existência de uma DAV, sob pena da omissão tornar por corresponder a uma atuação médica sem consentimento do paciente⁵²¹, punida pelo art. 156.º, do CP⁵²².

Com efeito, denota-se ainda, como importante, alinhar as diretrizes legais com a Convenção sobre os Direitos Humanos e da Biomedicina⁵²³, especificamente quanto ao cumprimento da forma delineada no art. 9.º. Desse alinhamento sobrepuja que caso a diretriz não atenda aos requisitos formais prescritos na Lei n.º 25/2012 sua eficácia será apenas indiciária, servindo como um indicativo na tomada de decisões pelos profissionais de saúde, especialmente quanto à vontade presumida do paciente e, não com caráter vinculativo da vontade prospectiva⁵²⁴.

Como exceção a consulta ao RENTEV encontra-se a disposição do art. 6.º, n.º 4, que expressa que em caso de urgência ou perigo imediato à vida do paciente, a equipe médica exime-se do dever de ter em consideração o RENTEV se a tentativa de consulta implicar em demora que agrave, previsivelmente, os riscos à vida e a saúde do outorgante⁵²⁵.

3.7. Do Incumprimento da Procuração de Cuidados de Saúde Vinculativa

Embora uma DAV que cumpra todos os requisitos legais deva ser respeitada e acatada

⁵²¹ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013b, p. 95 e 96.

⁵²² CÓDIGO PENAL – *Op. Cit.*

⁵²³ CONVENÇÃO PARA A PROTECÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DA DIGNIDADE DO SER HUMANO FACE ÀS APLICAÇÕES DA BIOLOGIA E DA MEDICINA: CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM E DA BIOMEDICINA – *Op. Cit.*

⁵²⁴ MONGE, Cláudia – *Op. Cit.*, p. 74.

⁵²⁵ RAIMUNDO, Diana Sara Lopes – *Op. Cit.*, p. 508 e 509.

pelo médico, a Lei n.º 25/2012 não prevê nenhuma sanção específica no caso de incumprimento da vontade prospectiva. Essa ausência de impacto legal quanto ao incumprimento da DAV suscita um leque de questões, sejam éticas, legais ou profissionais.

A falta de sanções específicas legalmente estipuladas para a inobservância de uma procuração de cuidados de saúde devidamente estruturada cria um vazio que pode acarretar dúvida interpretação. A primeira, observada como a forma de permitir alguma flexibilidade na interpretação do profissional de saúde perante a vontade declarada do paciente, especialmente nos casos complexos, em que tal julgamento médico precisa ser exercido. A segunda, no entanto, pode ser assinalada como uma ruptura legal que admite o profissional de saúde a negligenciar o cumprimento da procuração.

Nesse contexto, invoca-se o regime geral do ordenamento jurídico para enfrentar os casos de descumprimentos das DAV's⁵²⁶.

Imagine-se, assim, a situação em que o paciente, na sua DAV, recusou-se a receber um determinado tratamento. A decisão do profissional de saúde que pratica o procedimento médico, contrariando a explícita recusa, acarreta a violação a autonomia do paciente, posto que desrespeita o seu dissentimento prospectivo.

Nesse viés, tal situação pode representar a subsunção ao fato tipificado no art. 156.º, do CP, das intervenções e tratamentos médicos-cirúrgicos arbitrários, que comina sanção penal às intervenções e tratamentos de saúde realizados sem o consentimento do paciente.

Trata-se de uma criminalização da conduta médica que diverge da vontade manifestada do paciente, tendo em vista que o bem jurídico tutelado é autodeterminação, estando tal tipificação alocada nos crimes contra a liberdade pessoal.

O consentimento representa elemento categórico de legitimação da conduta médica, dado que intervenções exercitadas contra ou sem o consentimento são consideradas criminosas, ainda que deste ato advenha vantagem ao paciente⁵²⁷.

Além da violação a autodeterminação individual do paciente, a conduta médica arbitrária pode provocar danos subsequentes à vida, corpo ou à saúde, caracterizando a prática de crimes de ofensa à vida e a integridade física. Contudo, apesar da dupla ocorrência criminosa, o profissional de saúde não será responsabilizado por ambas as condutas delituosas, dado que a violação à autodeterminação seria consumida pela violação corporal⁵²⁸.

Outra situação ocorre quando na DAV o paciente solicita um determinado procedimento

⁵²⁶ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013b, p. 104.

⁵²⁷ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013a, p. 5.

⁵²⁸ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013a, p. 6 e 7.

médico que o profissional de saúde acaba por não realizar. Sob essa conjuntura, necessário se faz alinhar o desejo do outorgante com a *legis artis*. Assim, caso a solicitação do paciente seja incompatível com a *legis artis*, ou seja, se ação configurar-se inapropriada a condição clínica do doente e a ele nenhum benefício trouxer, o profissional de saúde não estará vinculado a cumprir a vontade prospectiva⁵²⁹.

Trata-se da aplicação do entendimento trazido pela própria Lei n.º 25/2012 que, no seu art. 5.º, entabula os limites das DAV's, ao expressar na alínea a) que são juridicamente inexistentes, não produzindo qualquer efeito, a procuração de cuidados de saúde que seja contrária às boas práticas médicas.

É imperioso trazer à baila, no bojo desse assunto, ainda, a perspectiva do incumprimento da procuração de cuidados de saúde pelo próprio procurador. A procuração de cuidados de saúde caracteriza-se como uma manifestação unilateral de vontade, emanada exclusivamente pelo outorgante, do que, não implica, à partida, um dever de ação por parte do designado procurador. Tal contraponto torna-se clarividente quando se coteja com o instituto do mandato, caracterizado como um compromisso bilateral, consubstanciado numa relação de obrigatoriedade na atuação a favor do mandante.

Assim, a procuração a despeito de conferir poderes representativos, não vincula o procurador a praticá-los, tendo em vista o modelo adotado pelo sistema jurídico lusitano ser inspirado no *durable power of attorney*, oriundo do sistema anglo-saxônico, o qual, segundo Paula Távora Vitor apresenta-se como uma das mais avantajadas imprecisões sistêmicas diante da ausência de um dever vinculativo de atuação do representante, que, a contrário senso, possui discricionariedade para interromper sua atuação a qualquer momento, deixando o outorgante em situação de vulnerabilidade, especialmente se já se encontrar incapacitado⁵³⁰.

Contudo, é forçoso considerar que, mesmo diante de uma postura de inércia ou incumprimento do definido na procuração, o procurador pode vir a ser responsabilizado, aplicando o Código Civil, especificamente nos arts. 790.º e seguintes, que estabelece as consequências jurídicas frente a inobservância de obrigações que emergem de relações contratuais, englobado o incumprimento do procurador⁵³¹.

⁵²⁹ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013b, p. 105.

⁵³⁰ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014, p. 239.

⁵³¹ *Idem* – *Ibidem*.

3.8. A Coexistência da Procuração de Cuidados de Saúde e do Testamento Vital

A Lei n.º 25/2012, estabelece, juntamente com a procuração de cuidados de saúde, o testamento vital como espécies de DAV's. O testamento caracteriza-se como a possibilidade de uma pessoa, devidamente esclarecida, estipular seus anseios em relação aos cuidados de saúde que deseja receber, baseado nos seu quadro de valores, caso se encontre, no futuro, incapaz de comunicar suas decisões de forma autónoma⁵³².

Menciona-se, como importante, que tais mecanismos podem coexistir paralelamente, podendo funcionar separadamente ou combinados em um único instrumento que fará integrar tanto o testamento vital quanto a nomeação de um PCS⁵³³. Desse modo, podem surgir conflitos entre a vontade expressa diretamente pelo testador e as decisões tomadas pelo PCS.

A solução encontra-se definida na Lei n.º 25/2012 que opta por priorizar a expressão direta de vontade declarada no testamento vital, dado considerar que o testamento vital é um reflexo mais acertado e atualizado dos anseios do outorgante⁵³⁴. Nesse sentido, preceitua o art. 13.º, n.º 2⁵³⁵, que em caso de conflito entre as disposições formuladas no documento das DAV e a vontade do procurador, prevalece a vontade do outorgante declarada naquele instrumento.

Entendimento diferente defende Diana Sara Lopes Raimundo ao considerar que a atualidade da decisão coloca o PCS em uma posição mais favorecida que o testamento vital. E, nesse sentido explica que apesar de todas as precauções observadas para confecção de um testamento vital, muitas vezes a vontade expressada no documento escrito não reflete exatamente àquilo que o outorgante desejaria no momento da decisão, ou seja, não reflete a vontade real atual presumida do outorgante, o que a faz defender pela primazia da atuação do PCS, dado priorizar a atualidade da decisão tomada em consideração com o respeito a vontade do outorgante⁵³⁶.

Sob esse viés de entendimento, sugere a autora que a proposta mais acertada seria a de transferir ao outorgante da DAV o direito de decidir qual instrumento – testamento vital ou procuração de cuidados de saúde – deveria preponderar frente ao conflito de conteúdo com a atuação do representante. E, não sendo tal escolha exercida, a prevalência deveria recair sobre

⁵³² NUNES, Rui – Testamento Vital. [Em linha]. **Revista de Pediatria do Centro do Porto**: [sn], Ano 2012, Vol. XXI, n.º 4, p. 253 [Consult. 15 jul. 2023]. Disponível em <https://repositorio.chporto.pt/bitstream/10400.16/1421/1/v21n1a10.pdf>.

⁵³³ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014, p. 244.

⁵³⁴ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014, p. 244.

⁵³⁵ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

⁵³⁶ RAIMUNDO, Diana Sara Lopes – *Op. Cit.*, p. 514.

a vontade do PCS⁵³⁷.

Inobstante o ponderado posicionamento da autora, como já delineado, expressou a Lei n.º 25/2012 prevalência do testamento vital sobre a atuação do representante, consoante privilegiou a expressão direta da vontade do outorgante. Por essa razão, estabeleceu, o legislador, vários níveis de controle da atualidade da vontade (arts. 6.º, n.º 2 e 7⁵³⁸), da mesma forma que criou mecanismos legais garantidores da informação sobre os status das DAV's pelo procurador (arts. 6.º, n.º 3 e 7, n.º 4 e 8, n.º 4⁵³⁹)⁵⁴⁰.

3.9. Validade, Caducidade, Modificação e Extinção da Procuração de Cuidados de Saúde

A procuração de cuidados de saúde surgiu como espécie das DAV's mediante o reconhecimento da autodeterminação individual, ao permitir que outorgante antecipe suas decisões de cuidados médicos, caso se torne incapaz de manifestar sua vontade no futuro. Contudo, uma das questões mais discutidas no âmbito das DAV's referia-se à atualidade do consentimento, donde questionava-se durante quanto tempo uma decisão prospectiva seria considerada atual e, portanto, válida?

Diante dessa complexidade, o legislador tentou superar o obstáculo da atualidade do consentimento ao determinar que a procuração de cuidados de saúde teria uma validade temporal delineada por um período de 5 (cinco) anos.

Inobstante todas as discussões quanto a imposição do prazo (por que seria de 5 anos e, não de 7 ou 10? Ou, qual seria a razão para a imposição de um prazo, o avanço da medicina ou a fluidez das decisões humanas?) o legislador tentou através da definição de um lapso temporal equilibrar o respeito à autonomia individual com à necessidade da atualidade do consentimento, vez que faz reconhecer a natureza dinâmica da vontade do indivíduo com o avanço contínuo da ciência médica.

A definição de um prazo tangível reflete a necessidade dos outorgantes de revisarem, se necessário, atualizarem, suas procurações de cuidados de saúde, de forma a garantir que suas preferencias mais recentes sejam respeitadas, tendo em vista a plausibilidade de modificações das preferencias individuais em face das novas e emergentes descobertas médicas.

Assim, findado o prazo de 5 anos, sob pena de perda da efetividade, a procuração de

⁵³⁷ RAIMUNDO, Diana Sara Lopes – *Op. Cit.*, p. 515.

⁵³⁸ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

⁵³⁹ *Idem* – *Ibidem*.

⁵⁴⁰ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014, p. 244.

cuidados de saúde deve ser renovada, por igual período, não estabelecendo, pois, a legislação um número máximo de renovações possíveis (art. 7.º, n.º 1 e 2⁵⁴¹)⁵⁴².

O prazo de caducidade, contudo, é interrompido, conforme preceitua o art. 7.º, n.º 3, pela incapacidade do outorgante. Segundo Geraldo Rocha Ribeiro, definir, contudo, o exato momento desta incapacidade configura-se como de difícil solução, o que necessita de um juízo caso a caso, sugerindo a aplicação do art. 333.º, do CC, o que fará diminuir o valor da certeza na apreciação da situação concreta, donde poderá advir o risco da perda da eficácia da DAV⁵⁴³.

Quanto a modificação e a revogação, estabelece o art. 8.º, n.º 1⁵⁴⁴ que a procuração de cuidados de saúde pode ser modificada ou revogada, no todo ou em parte, a qualquer tempo pelo outorgante, mas desde que respeitem à forma do art. 3.º (documento escrito assinado na presença do funcionário do RENTEV ou do notário que contenha a identificação do outorgante, o lugar, data e hora e assinatura, bem como as instruções dos cuidados de saúde).

A Lei n.º 25/2012, acrescenta, ainda, nos termos do art. 8.º, n.º 4, à liberdade para modificação ou cancelamento da procuração de cuidados de saúde perante o próprio profissional de saúde, no ato da prestação do serviço médico. Esculpe-se a garantia e o respeito à vontade real do paciente no momento do ato, não deixando-o vinculado a uma manifestação passada que não mais condiz com a sua realidade atual. As únicas exigências formais são que a mudança seja documentada no histórico clínico do paciente, que, caso haja registro no RENTEV da diretiva, que lhe seja comunicado e, que seja transmitida ao PCS quando existente⁵⁴⁵.

A ideia assente na lei resguarda o direito de arrependimento e o direito de mudança de opinião até o último momento do ato, dispensado do formalismo legalmente exigido para a elaboração da procuração expresso no art. 3.º⁵⁴⁶. Outro sentido não poderia acontecer, tendo em vista que as DAV's apenas surtem seus efeitos quando a capacidade decisória do outorgante estiver comprometida, ou seja, quando o paciente estiver incapacitado de expressar seu consentimento ou dissentimento para os atos de cuidados de saúde. Sendo assim, sob essa premissa, estando o paciente, no ato médico, apto para manifestar sua vontade, poderá exercê-la, mesmo que divirja com a vontade prospectiva documentalmente estabelecida, porquanto infrutífero os seus efeitos⁵⁴⁷, já que estes apenas aconteceriam com a verificação da

⁵⁴¹ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

⁵⁴² RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013a, p. 17.

⁵⁴³ RIBEIRO, Geraldo Rocha – *Op. Cit.*, p.59 e 60.

⁵⁴⁴ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

⁵⁴⁵ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013b, p. 82.

⁵⁴⁶ RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, 2013a, p. 17.

⁵⁴⁷ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014, p. 236.

incapacidade do representado⁵⁴⁸.

A liberdade para modificação e renúncia percorrida até o presente momento, torna-se de fácil compreensão portanto aborda o outorgante plenamente capaz. No entanto, analisando sob outro enfoque, apresenta-se nova indagação, de como seria o exercício dessa liberdade revocatória no caso de uma incapacidade superveniente ou com o aumento dessa incapacidade?

Paula Távora Vitor elucida tal questionamento ao explicitar que com base na estrutura das responsabilidades já delineadas, não se inspira como razoável que o procurador possa assumir o papel do incapacitado para decidir sobre a revogação ou modificação da procuração, sequenciando a possibilidade, ainda que excepcional, dos profissionais de saúde deixarem de observar a procuração⁵⁴⁹, nos termos art. 6.º, n.º 2, alíneas a), b) e c).

Em harmonia com a livre revogabilidade estampada no art. 8.º, n.º 1 referente as DAV's encontra-se a regulamentação do art. 14.º, n.º 1, especificamente referente à procuração de cuidados de saúde, reflexo da autonomia pessoal, direito intrínseco ao direito de personalidade, porquanto pela aplicação do art. 81.º, n.º 2, do CC, faz compreender que qualquer limitação voluntária do direito de personalidade é sempre revogável⁵⁵⁰.

Trata-se a liberdade de revogação de um contínuo exercício da autônoma do indivíduo capaz que permite alterar ou anular o seu consentimento ou dissentimento previamente estabelecidos no momento da prestação de cuidados de saúde⁵⁵¹.

A revogação nasce de um direito subjetivo potestativo do outorgante⁵⁵² que o legitima, nos termos dos arts. 8.º, n.º 1 e 14.º, n.º 1, a extinguir o direito de representação outrora concedido, fundado em sua autonomia, por não mais lhe convir.

Outra forma de extinção da procuração de cuidados de saúde centra-se na renúncia, consoante dispõe o art. 14.º, n.º 2, que a procuração de cuidados de saúde extingue-se pela renúncia do procurador que deve, por escrito, informar ao outorgante⁵⁵³.

Não obstante a procuração de cuidados de saúde seja um negócio jurídico unilateral e, como tal, independa do consentimento ou da aceitação do procurador para surtir efeitos legais, poderá este renunciar os poderes outrora delegados⁵⁵⁴.

Tal situação não poderia deixar de ser, vez que se a lei possibilita que o outorgante, unilateralmente, crie o poder de representação sobre a esfera jurídica do procurador, inobstante

⁵⁴⁸ DIAS, Patrícia Cardoso – *Op. Cit.*, 2016b, p. 105.

⁵⁴⁹ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014, p. 247-248.

⁵⁵⁰ MONGE, Cláudia – *Op. Cit.*, p. 60.

⁵⁵¹ MONGE, Cláudia – *Op. Cit.*, p. 61.

⁵⁵² VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – *Op. Cit.*, 2017, p. 154.

⁵⁵³ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

⁵⁵⁴ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – *Op. Cit.*, 2017, p. 241.

sua aceitação, nada mais justo que a mesma ordem jurídica reconheça a ele, procurador, a facultatividade no exercício deste poder, podendo renuncia-lo⁵⁵⁵.

Não obstante, para que a renúncia tenha efeito jurídico e seja considerada válida, necessita-se que o procurador comunique, por escrito, o exercício da renúncia ao outorgante, somente assim, estará ela formalizada e o representante não mais terá autoridade para agir em nome do representado⁵⁵⁶.

A comunicação entre outorgante e representante é fundamental para salvaguardar a integridade e a eficácia da representação e, particularmente na renúncia, além de refletir na validade, na proteção contra atos ilícitos/ineficazes e em corroborar com a evidência documental, espelha a proteção do interesse do outorgante, tendo em vista que ele, para garantia dos seus interesses, ou terá que nomear um novo PCS ou tomará outras medidas necessárias para proteção dos seus desejos.

A ideia assentada refere-se ao exercício da renúncia estando o outorgante plenamente capaz de expressar de forma pessoal e autônoma a sua vontade capaz, o que faz obstar os efeitos da representação (advindos apenas quando sobrevier a incapacitação)⁵⁵⁷ e, permitir que o outorgante redija e escolha outra vontade prospectiva.

Contudo, situação complexa se demonstra quando a renúncia for exercida em momento que o representado se encontre incapaz, o que com muita sorte ocorre, tendo em vista ser a procuração um negócio jurídico unilateral que não vincula o procurador quando a seu desempenho⁵⁵⁸.

E, nesse contexto elucida Paula Távora Vitor que inobstante isso aconteça e mesmo diante da natureza jurídica do instituto da procuração, exsurge que o procurador poderá ser confrontado, mesmo que não queira assumir a representação, diante da urgência da decisão⁵⁵⁹.

Ainda assim, antes de ser efetivado os efeitos da renúncia, ou seja, antes de ser desconsiderada a validade da procuração, Diana Sara Lopes Raimundo⁵⁶⁰ e Paula Távora Vitor⁵⁶¹, lecionam que se torna imperativo o exame do art. 11.º, n.º 5, para observar se o outorgante, no momento da elaboração da procuração de cuidados de saúde, nomeou um segundo representante, no caso de impedimento do indicado. Tal situação aplica-se por analogia ao caso da renúncia, de forma que, estando o indicado desobrigado ao exercício da

⁵⁵⁵ *Idem – Ibidem.*

⁵⁵⁶ LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE – *Op. Cit.*

⁵⁵⁷ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014, p. 236.

⁵⁵⁸ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014, p. 239.

⁵⁵⁹ *Idem – Ibidem.*

⁵⁶⁰ RAIMUNDO, Diana Sara Lopes – *Op. Cit.*, p. 514.

⁵⁶¹ VITOR, Paula Távora – *Op. Cit.*, 2014, p. 248.

representação pela renúncia, recairá a responsabilidade ao segundo personagem para decidir sobre os cuidados de saúde que o representado venha a necessitar.

Considerações finais

No decorrer da história, a agnição sobre a autonomia individual e sua ligação com a capacidade jurídica suportou profundas alterações. Estas transformações, estimuladas pela evolução social, científica e jurídica, resultaram no afloramento da autonomia individual como o núcleo das questões conexas à capacidade e à tomada de decisões.

Tradicionalmente, a autonomia individual, é compreendida como uma vertente da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental que perfilha o valor intrínseco de cada indivíduo, mormente se fez traduzir como ponto de confluência entre diversas áreas jurídicas. Essa autonomia, sob escopo da liberdade e autodeterminação, consoante reflete a tomada de decisão de per si e a escolha dos próprios caminhos e anseios, coaduna-se com a máxima Kantiana de ser o homem considerado um fim em si mesmo, com valor inerente e absoluto e, não, um meio para um fim, diante da sua capacidade de raciocínio e moralidade.

Contudo, o progresso frente a compreensão da autonomia individual não foi unidimensional e, por um longo tempo, o regime geral das incapacidades foi largamente acolhido e consagrado. Entretanto, com o advento da evolução nas áreas científicas, farmacológicas, medicinais e do direito, os fundamentos que alicerçavam esse regime começaram a ser discutidos. Os indivíduos, cada vez mais informados e seguros de seus direitos, começaram a provocar uma perspectiva que salvaguardasse a autonomia e a dignidade de cada pessoa.

E, nesse contexto adveio a Lei n.º 49/2018 que revogou o anterior regime das incapacidades e fez estabelecer um novo paradigma pautado na autonomia pessoal, consoante a inserção do regime do maior acompanhado.

A modificação legislativa traduziu a ascensão da valorização da autonomia individual como direito de personalidade e humano fundamental, porquanto fez preservar a capacidade do indivíduo até o limite do seu desempenho autônomo, tratando da proteção sem a incapacitação⁵⁶².

Assim, o novo regime condecorou a capacidade individual e específica de cada pessoa, considerando-a capaz para conduzir sua vida de acordo vontades, rompendo com a limitação geral e abstrata da capacidade e liberdade. A maximização da autonomia volveu o indivíduo de capacidade para tomada de decisões sobre sua vida e bem estar, ao invés de focar na incapacidade evidenciou a capacidade.

⁵⁶² BARBOSA, Mafalda Miranda - *Op. Cit.*, 2018. p. 40.
111

No âmbito da relação médico-paciente a autonomia individual reluziu a transição do paternalismo médico para um modelo pautado na autodeterminação do paciente, condecorado através do consentimento e do dissentimento motivado.

Durante anos, a relação médico-paciente foi marcada pelo paternalismo, uma perspectiva vertical e assimétrica, donde o médico exercia um papel dominante e ativo, quando o paciente ostentava uma conduta passiva e submissa⁵⁶³. O paternalismo, que dominou desde a escola hipocrática até o século XX, ascendeu os princípios da não maleficência e da beneficência ao dever moral do médico de realizar o bem a qualquer custo, respaldando-se somente em seus padrões profissionais e, na maioria das vezes, desmerecendo as opiniões e anseios dos pacientes⁵⁶⁴.

Todavia, a partir da década de 1960, iniciou-se o testemunho do processo de emancipação do paciente, que despertou o nascimento de uma relação mais nivelada e horizontal entre médico e paciente⁵⁶⁵. Essa mudança de paradigma fixou o consentimento e o dissentimento como elementos nucleares na relação médico-paciente. O remoto regime, fundamentado na ideia de que os profissionais de saúde eram os mais sabedores da ciência médica e, portanto, não precisariam aquilatar os julgamentos dos pacientes, foi desafiado e sobrepujado pela autonomia individual.

Nesse novo contexto, o consentimento e o dissentimento assentaram-se como enunciação da autodeterminação do paciente, ensejando uma manifestação prévia, livre e espontânea sobre os cuidados de saúde, o que fez ruminar na progressiva estima pela autonomia individual, mormente sobrelevou o direito do paciente de ter sua vontade respeitada, seja através do consentimento (vertente positiva) ou do dissentimento (vertente negativa)⁵⁶⁶.

A autonomia individual tida como expressão do direito de personalidade e corolário da dignidade da pessoa humana, vista como valor intrínseco e absoluto do ser humano, tornada ponto central das discussões éticas e jurídicas, transcendeu para a seara médica, porquanto fez elevar e preponderar a capacidade do paciente na tomada de decisões conscientes e informadas sobre sua saúde e integridade, através do consentimento e do dissentimento informado.

No entanto, para além do consentimento e dissentimento imediato, relacionado as tomadas de decisões no presente, manifestou-se o consentimento prospectivo, àquele que especifica a expressão de preferencias e decisões sobre tratamentos e intervenções futuras

⁵⁶³ MARTÍNEZ, Joaquín Ocampo – *Op. Cit.* p.56.

⁵⁶⁴ CANETE, Roberto; GUILHEM, Dirce; BRITO, Katia – *Op. Cit.* p. 5.

⁵⁶⁵ MARTÍNEZ, Joaquín Ocampo – *Op. Cit.* p.56.

⁵⁶⁶ NEVES, Maria Raquel – *Op. Cit.* p.130.

diante de uma eventual incapacidade do sujeito.

O consentimento prospectivo fez representar uma evolução significativa e ampliativa da autodeterminação, vista, tradicionalmente, como reflexo de uma capacidade imediata, de uma decisão tomada no presente sobre um procedimento ou tratamento específico, para configurar a autonomia e a autodeterminação incorporada a decisões sobre o futuro.

Assim, apresentou-se o consentimento prospectivo como a viabilidade do paciente, enquanto na sua plena capacidade cognitiva, de determinar diretrizes e prioridades para situações futuras de cuidados de saúde ante a circunstância de naquele tempo não poder expressar sua vontade.

Para implementação do planejamento e decisões sobre possíveis cenários futuros, o legislador lançou mão das diretivas antecipadas de vontade, consoante Lei n.º 25/2012, de 16 de julho.

As DAV's exprimem uma inovação expressiva no âmbito da medicina e do direito, servindo como um mecanismo importante para salvaguardar a autonomia individual na conjuntura de uma incapacidade futura. Elas apresentam-se como resposta ao imperativo de promoção e respeito da autodeterminação dos pacientes, consentindo-lhes manifestar suas prioridades e vontades sobre tratamentos e intervenções médicas futuras.

No contexto da relação médico-paciente a autonomia individual, reputada como extensão da dignidade da pessoa humana, é revelada através do direito do paciente de ser informado e de decidir sobre sua integridade física e saúde. As DAV's expandem esse direito, consentindo que os pacientes constituam suas prioridades e direções para situações futuras, quando, eventualmente, poderão não ter condições de expressar sua vontade.

As DAV's, nesse viés, servem como um elo de conexão entre a vontade atualizada do paciente e as decisões futuras, pois salvaguardam que a voz do paciente continue a ser ouvida, mesmo quando ele não possa mais falar por si mesmo.

Uma das formas mais expressivas das DAV's é a nomeação de um procurador de cuidados de saúde, porquanto consiste na designação de um procurador para atuar e tomar decisões de saúde, caso o paciente-outorgante esteja incapacitado de fazê-lo.

A nomeação de um procurador de cuidados de saúde nasce como uma resposta à incapacidade, limitada, porém, à área da saúde. O PCS representa um mecanismo de exercício dos poderes de representação, limitado àqueles que são incapazes de consentir ou dissentir frente a um ato médico, enquadrando-se na doutrina da alternativa menos restritiva de direitos, que reconhece a mínima intervenção na restrição aos direitos fundamentais e, consequentemente, à capacidade civil.

Sob uma perspectiva renovada sobre a capacidade e a autonomia individual, respaldada na doutrina menos restritiva de direitos, porquanto faz conservar a capacidade residual do sujeito, os maiores acompanhados, apesar de apresentarem sob uma medida de acompanhamento, por não perderem integralmente a sua incapacidade, salvo estipulação em contrário, são aptos a redigir sua procuração de cuidados de saúde, nomeando um representante para atuar em seu nome, caso, no futuro, a sua incapacidade atinja seus direitos de personalidade e, por isso, o impossibilite de expressar a sua vontade quanto aos cuidados de saúde.

Nesse contexto, nutre-se a conexão entre os três capítulos – pedra de toque deste trabalho – e a resolução do problema principal apontado.

A nomeação de um PCS pelo maior acompanhado reflete a manifestação intrínseca dos direitos de personalidade, ancorada na autonomia individual, mormente o protege contra qualquer ofensa ou ameaça de ofensa a sua integridade física ou psíquica.

Nesses termos, denota-se que ao analisar o regime do maior acompanhado e das DAV's, mais especificamente do PCS, que o direito português avança na direção certa. Primeiro, quanto a figura do maior acompanhado, por não apenas referendar uma resposta técnica a proteção dos vulneráveis, mas, sobretudo, por refletir a valorização da dignidade da pessoa humana, através da promoção da capacidade residual e dos direitos de personalidade. E, segundo, quanto a nomeação de um procurador de cuidados de saúde, por assegurar o reforço e a proteção da autonomia e individual, rechaçando o seu eclipse.

Sob essas perspectivas encontra-se autonomia individual, vertente dos direitos de personalidade, e a dignidade da pessoa humana como centro das preocupações e soluções jurídicas no direito português, o que faz garantir ao indivíduo, independente da sua capacidade, a salvaguarda e o respeito da sua dignidade.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Carlos Ferreira - **Revista de Direito Comercial**. [Em linha]. Lisboa: Liber Amicorum, 2015. [Consult. 10 dez. 2021]. ISSN 2183-9824. Disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/capacidade-e-incapacidades-contratuais-dos-maiores-acompanhados>.

ALMEIDA, Leonor Duarte de – Consentimento Informado: Fundamentos e aplicação de adequada metodologia para sua obtenção – breves considerações. **Revista da Sociedade Portuguesa de Oftomologia**. [sl]: [sn], 2011. Vol. 35, n.º 1 (jan.-mar.).

ÁLVAREZ, Borja del Campo - Discapacitados, Incapaces e Incapacitados: problemas em torno a la nulidade y anulabilidade de sus actos. **Actualidad Jurídica Iberoamericana**.

ALVES, Raúl Guichard - Críticas ao regime da capacidade de exercício da pessoa com deficiência mental ou intelectual – a nova concepção da pessoa com deficiência. **Interdição e Inabilitação**. [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. [Consult. 10 dez. 2021]. Disponível em <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Interdicao_inabilitacao.pdf>.

ALVES, Raúl Guichard – O Instituto da Representação Voluntária no Código Civil. [Em linha]. [sl]: [sn], [sd]. [Consult. 10 dez. 2022]. Disponível em file:///C:/Users/Ana%20Paula.DESKTOP-T1NCGJM/Downloads/O+INSTITUTO+DA+REPRESENTA%C3%87%C3%83O+VOLUNT%C3%81RIA+NO+C%C3%93DIGO+CIVIL.pdf

ALVES, Raúl Guichard. **Alguns aspectos do instituto da interdição**. [em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. Disponível em: <URL:http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf. ISBN 978-972-9122-98-9.

ANDRADE, Alexandra - Responsabilidade penal do médicos. Enquadramento jurídico, prática e gestão procesual. **Revista Formação Ministério**. [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2021. [Consult. 24 fev. 2023]. Disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=kvtDHXKR57k%3D&portalid=30>

ANDRADE, Alexandra; PEREIRA, André; FERNANDES, Joana; NEVES, Raquel - Responsabilidade penal do médicos. Enquadramento jurídico, prática e gestão procesual. **Revista Formação Ministério**. [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2021. [Consult. 24 fev. 2023]. Disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=kvtDHXKR57k%3D&portalid=30>

AZCANO, Eva María Martín - La Reforma Del Codice Civile em Materia de Protección de Personas Privadas de Autonomía. **Actualidad Jurídica Iberoamericana**. [sl]:[sn]. ISSN: 2386-4567. n.º 14 (fev. 2021).

BARBOSA, Mafalda Miranda – Maiores Acompanhados: da incapacidade à capacidade. **Revista da Ordem dos Advogados**. [Em linha]. N.º 1, Vol. 78 (2018), 231 -258. [Consult. 03 mar. 2022]. Disponível em <https://portal.oa.pt/media/130218/mafalda-miranda->

barbosa_roa_i_ii-2018-revista-da-ordem-dos-advogados.pdf.

BARBOSA, Mafalda Miranda - **Maiores Acompanhados: primeiras notas depois da aprovação da lei n.º49/2018, de 14 de agosto** – 1ª ed. Coimbra: Gestlegal Editora, 2018. ISBN 978989895100-7.

BARROSO, Renato Amorim Damas - “Há Direitos dos Idosos?”. **JULGAR**. Coimbra: Coimbra Editora. [Em linha]. n.º 22 (2014). [Consult. 03 mar. 2022]. Disponível em: <file:///C:/Users/Cliente/Downloads/07-Renato-Barroso.pdf>

BELTRÃO, Silvio Romero – O Consentimento Informado e a sua Dinâmica na Relação Médico-Paciente: Natureza Jurídica, Estrutura e Crise. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. [sl]:[sn]. Ano 1 (2015), n.º 2.

BERBARDO, João Relat. - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o n.º 3925/07.9TVPRT.P1.S1, de 09 de outubro de 2014. [Em linha]. [consult. 06 jun. 2022]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f80b5c5850afdfb780257d6d003027bf?OpenDocument&Highlight=0,3925%2F07.9TVPRT.P1.S1>.

CAMILO, Moreira Relat. - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o n.º SJ200802070046661, de 07 de fevereiro de 2008. [Em linha]. [consult. 06 jun. 2022]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ec5b2ad6d885531d8025743300517b0e?OpenDocument&Highlight=0,07A4666>

CAMPOS, Adriana; OLIVEIRA, Daniela Rezende de – A Relação entre o Princípio da Autonomia e o Princípio da Beneficência (e não-maleficência) na Bioética Médica. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. [Em linha]. Belo Horizonte: [sn], 2017, n.º 115. [Consult. 25 jan. 2023]. Disponível em http://www.bioetica.org.br/library/modulos/varias_bioeticas/arquivos/Autonomia_e_Beneficencia.pdf

CANETE, Roberto; GUILHEM, Dirce; BRITO, Katia - Consentimiento informado: algunas consideraciones actuales. **Acta bioeth.** [Em linha]. Santiago: [sn], 2012. V. 18, n.º 1, junho. [Consult. 10 jan. 2023]. Disponível em http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2012000100011&lng=es&nrm=iso.

CARVALHO, Ana Sofia de Magalhães e - Análise Crítica do Futuro Processo Judicial para Acompanhamento de Maior. **Autonomia e Capacitação – os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. [Em linha]. [sl]: Centro de Investigação Jurídico Económica, 2018. [Consult. 10 dez. 2021]. Disponível em https://sigarra.up.pt/fdup/pt/web_gessi_docs.download_file?p_name=F1399621482/Livro%20-%20Actas%20-%20Semin%20Autonomia%20e%20Capacita%20E3o.pdf

CASTELO, Higinia – Informação e Consentimento Informado como Declarações Contratuais; Relevância em Situações de Incumprimento. **Lex Medicinæ**. Instituto Jurídico: Coimbra, Ano 18, n.º 36 (2021). ISSN 214044/04.

CATARINO, Gabriel Relat. - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o n.º 1581/07.3TVLSB.L1.S1, de 07 de junho de 2011. [Em linha]. [consult. 06 junh. 2022]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6190a514bc9d85cf802578aa003183d3?OpenDocument&Highlight=0,1581%2F07.3TVLSB.L1.S1>

CELEDÓN, Carlos – Relación médico paciente. Revista Otorrinolaringol. Cir. Cabeza Cuello. [Em linha]. [sl]: [sn], 2016, n.º 76. [Consult. 10 junh. 2023]. Disponível em <https://www.scielo.cl/pdf/orl/v76n1/art07.pdf>

CÓDIGO CIVIL: Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro de 1966. [Em linha]. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: Lei n.º 41/2013 - **Diário da República** n.º 121/2013, Série I de 2013-06-26. [Em linha]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2013-34580575>

CÓDIGO DEONTOLÓGICO DA ORDEM DOS MÉDICOS: Regulamento n.º 14/2009, de 13 de Janeiro - **Diário da República** n.º 8/2009, Série II de 2009-01-13, páginas 1355 – 1369. [em linha]. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/regulamento/14-2009-3412890>.

CÓDIGO PENAL: Decreto-Lei n.º 48/95 - **Diário da República** n.º 63/1995, Série I-A de 1995-03-15. [em linha]. <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. **Diário da República**, Série I. N.º 86 (10-04-1976). [Em linha]. [Consult. 01 nov. 2021]. Disponível em https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/337/201911231803/diploma?did=34520775&_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice&q=Constitui%C3%A7%C3%A3o.

CONVENÇÃO PARA A PROTECÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DA DIGNIDADE DO SER HUMANO FACE ÀS APLICAÇÕES DA BIOLOGIA E DA MEDICINA: CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM E DA BIOMEDICINA – **Procuradoria Geral da República**. [Em linha] [Consult. 21 jul. 2023]. Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS – **Procuradoria Geral da República**: Ministério Público Portugal. [Em linha]. [consult. 30 set. 2023]. Disponível em https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_sobre_direitos_da_crianca.pdf

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. [Em linha]. [Consult. 10 jan. 2022]. Disponível em https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pessoas_deficiencia_convencao_sobre_direitos_pessoas_com_deficiencia.pdf

CORDEIRO, Menezes Antônio - **Da situação jurídica do maior acompanhado: Estudo de**

política legislativa a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores. [Em linha].[sl]:[sn], [sd]. [Consult. 10 jan. 2022]. Disponível em: http://www.smmp.pt/wp-content/uploads/Estudo_Menezes-CordeiroPinto-MonteiroMTS.pdf

CORTÉS, Julio Galán – La Responsabilidad Médica y el Consentimiento Informado. **Revista Médica del Uruguay.** [sl]:[sn]. Vol. 15 (Abr. 1999), n.º I.

COUNCIL OF EUROPE. Recommendation cm/rec (2009)11 of the committee of ministers to member

COUTINHO, Diana Sofia Araujo – **Temas de Direito Privado: direito privado na contemporaneidade, desafios e perspectivas – Responsabilidade Civil Médica: uma breve reflexão sobre o regime jurídico do consentimento informado no direito civil.** [Em linha]. Braga: Escola de Direito da Universidade de Minho, 2015. [Consult. 20 jan. 2023]. ISBN: 989-97970-6-2. Disponível em: https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/50354/1/LIVRO_DIANA_COUTINHO%20%281%29-53-79.pdf.

CRUZ, Jorge – A relação Médico-Paciente em Algumas Obras Literárias. **Revista Assoc. Med. Bras.** [sl]:[sn], 2012, n.º 58. [Consult. 10 junh. 2023]. Disponível em <https://www.scielo.br/j/ramb/a/w5TPGBrVRnTMYtxTYdKnZFy/?format=pdf&lang=pt>

DANTAS, Eduardo; NOGAROLI, Rafaella – Consentimento Informado do Paciente frente às Novas Tecnologias da Saúde (Telemedicina, Cirurgia Robótica e Inteligência Artificial). **Lex Medicina.** Instituto Jurídico: Coimbra, Ano 17, n.º 33 (2020). ISSN 214044/04.

DIAS, Patrícia Cardoso – **Diretivas Antecipadas de Vontade: A Intransmissibilidade do Exercício de Direitos de Personalidade e a Nomeação de um Procurador de Cuidados de Saúde.** Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2016b. Dissertação de Mestrado em Direito.

DIAS, Patrícia Cardoso – Diretivas Antecipadas de Vontade: Novos Desafios para a Compreensão do Sistema Jurídico pela Consagração do Instituto da Representação Voluntária em Matéria de Direitos de Personalidade. **Opinião Jurídica.** Fortaleza: [sn], dez. 2016a, ano 14, n. 19.

DIAS, Patrícia Cardoso. A Perspectiva Ético-Jurídica da Doutrina da Alternativa Menos Restritiva de Direitos: afirmação da capacidade e da autodeterminação em cuidados de saúde do adulto com capacidade diminuída. In **Revista de Direito e Medicina.** Vol. 01, (jan-mar. 2019).

DINIZ, Maria Helena – Curso de Direito Civil, Teoria Geral do Direito Civil -37ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2020.

FARELA, Helga Fabíola da Fonseca – O Contrato de Prestação de Serviços Médico (Treatment) no Anteprojeto de um Quadro Comum de Referência (do Direito Privado Europeu). **Julgar.** [Em linha]. Coimbra: Editora Coimbra, 2016. [Consult. 10 mar. 2023]. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/01/20160126-ARTIGO-JULGAR-O-contrato-de-presta%C3%A7%C3%A3o-de-servi%C3%A7os-m%C3%A9dicos-Helga-Farela.pdf>

FERNANDES, Diana Isabel Mota – A Interdição e Inabilitação no Ordenamento Jurídico Português: Notas de enquadramento de direito material e breve reflexão face ao direito supranacional. **Interdição e Inabilitação**. [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. [Consult. 10 dez. 2021]. Disponível em <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Interdicao_inabilitacao.pdf>.

FERNANDES, Joana Carvalho – Responsabilidade Penal do Médico: enquadramento jurídico, prática e gestão processual. **Revista Formação Ministério Público**. 1ª ed. [Em linha]. Centro de Estudos Judiciários: Lisboa, 2021. [Consult. 20 jan. 2023]. Disponível em: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=kvtDHXKR57k%3D&portalid=30>.

FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Teoria Geral do Direito Civil II: fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica** – 5.ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. ISBN 9789725402740.

FERNANDES, Luís A. Carvalho - **Teoria Geral do Direito Civil: introdução e pressupostos da relação jurídica** – 6ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012. ISBN 978972540361-9.

FERNANDES, Luís Carvalho; PROENÇA, José Brandão - **Comentário ao Código Civil – parte geral**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014. ISBN 978-972-54-0423-2.

FERNANDEZ, Manuel Ortiz – La Informacion en el Ambito Sanitario en España: Analisis de Algunas Situaciones Controvetidas. **Lex Medicina**. Instituto Jurídico: Coimbra, Ano 18, n.º 36 (2021). ISSN 214044/04.

FERREIRA, Margarida Soares – O Respeito pela Autonomia e o Consentimento Informado na Investigação com Seres Humanos. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. [sl]:[sn]. Ano 8 (2022), n.º 2.

FONTES, Marília dos Reis Leal – Consentimento Informado. Perspectiva Histórica e novos Desafios. **Data Venia Revista Jurídica Digital**. Data Venia Editora:[sn]. (2020), n.º 11. ISSN 21828242. [Em linha]. [consult. 06 jun. 2022]. Disponível em https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao11/datavenia11_p649_694.pdf.

GODINHO, Adriano Marteleto – O Consentimento no fim de vida: uma perspectiva brasileira. **Lex Medicinæ**. Instituto Jurídico: Coimbra, Ano 18, n.º 36 (2021). ISSN 214044/04.

GODINHO, Inês Fernandes – A autonomia do Doente no âmbito das Decisões de Fim de Vida. **Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito de Saúde**. Coimbra: Instituto Jurídico, 2020, Ano 17, n.º 34 (Jul. – Dez.). ISSN 16460359.

GOMES, Joaquim Correia - Autonomia e (In)Capacidade: passado, presente e futuro. **Autonomia e Capacitação – os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. [Em linha]. [sl]: Centro de Investigação Jurídico Económica, 2018. [Consult. 10 dez. 2021]. Disponível em https://sigarra.up.pt/fdup/pt/web_gessi_docs.download_file?p_name=F1399621482/Livro%20-%20Actas%20-%20Semin%20E1rio%20Autonomia%20e%20Capacita%E7%E3o.pdf

GOMES, Joaquim Correia – Constituição e Consentimento Informado: Portugal. **Julgar:**

Consentimento Informado. Lisboa: Coimbra Editora, 2014, ed. Especial. ISSN 16466853.

JOLLUSKIN, Glória; TOLDY, Teresa – Autonomia e Consentimento Informado: Um exercício de cidadania? **Revista Antropológicas.** [sl]: [sn], 2011, n.º 12.

LEI DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: Lei n.º 25/2012, de 16 de julho - **Diário da República** n.º 136/2012, Série I de 2012-07-16, páginas 3728 – 3730 - Em Vigor. [Em linha]. [Consult. 10 de agos. de 2023]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2012-116052607>.

LEI n.º 15/2014 - **Diário da República** n.º 57/2014, Série I de 2014-03-21. [Em linha]. [Consult. 08 jun. 2022]. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2014-106901319>.

LEI n.º 24/96 - **Diário da República** n.º 176/1996, Série I-A de 1996-07-31. [Em linha]. [Consult. 08 jun. 2022]. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/1996-34491075>.

LEI N.º 35/2023, de 21 de julho. **Diário da República** n.º 141/2023, Série I de 2023-07-21, páginas 2 – 23. [Em linha]. [Consult. 10 de ago. de 2023]. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/35-2023-215980339>.

LEI N.º 49/2018, de 14 de Agosto. **Diário da República** n.º 156/2018, Série I de 2018-08-14, páginas 4072 – 4086. [Em linha]. [Consult. 27 de jul. de 2023]. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/49-2018-116043536>

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito das Obrigações: contratos em especial.** Coimbra: Almedina, 2010. Vol. III, 7.ª edição.

LOPES, João Ricardo de Abreu Carreira Caiado – O Consentimento Informado: o fim do paternalismo clínico e o início do respeito pela autodeterminação do paciente. **Revista Jurídica Luso Brasileira.** [sl]:[sn]. Ano 8 (2022), n.º 2.

LOUREIRO, Carlos Loureiro; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (coordenadores) - **Convenção Para A Proteção Dos Direitos Do Homem E Da Dignidade Do Ser Humano Face As Aplicações Da Biologia E Da Medicina - 20 Anos De Vigência Em Portugal.** [Em linha]. Coimbra: Centro de Direito Biomético, 2022. ISBN: 978-989-9075-21-4.

MADALENO, Rolf - **Direito de Família** - 8ª ed., rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 978853098015-3.

MARTÍNEZ, Joaquín Ocampo - La bioética y la relación médico-paciente. **Cirugía y Cirujanos.** [Em linha]. Mexico: Medigraphic. 2002 – Vol. 70, n.º 1, enero-febrero. [Consult. 10 jan. 2023]. Disponível em: <https://www.medigraphic.com/pdfs/circir/cc-2002/cc021k.pdf>. p.56.

MARTINS, Carvalho Relat. - Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra com o n.º 1685/10.5T2AGD.C1, de 19 de fevereiro de 2013. [Em linha]. [consult. 20 dez. 2021]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/dbb39ce417ac645d80257>

b340038f2d4?OpenDocument

MENÉNDEZ, Ricardo González – La etapa contemporânea de la relación médico paciente. **Revista Cubana de Salud Pública**. Ciudad de La Habana:[sn], 2004. V. 30, n.º 2. ISSN 08643466.

MONGE, Cláudia – As diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico português. In: **Tratado de Bioética Jurídica**. [Em linha]. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. ISBN 9786556276052. [Consult. 20 jul. 2023]. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556276052/>.

MOREIRA, Sônia – A reforma do regime das incapacidades: o maior acompanhado. **Temas de Direito e Bioética – Novas questões do Direito da Saúde**. [Em linha]. N.º 1. [sl]: Centro de Investigação em Justiça e Governação (2018). [Consult. 10 dez. 2021]. ISBN DIGITAL 978-989-54032-6-4. Disponível em: https://issuu.com/comunicadireito/docs/direito_e_bioetica_web.

NEVES, Alexandra Chícharo das - Os poderes do representante legat nas situações de internamento “voluntário” à luz do direito português. **Interdição e Inabilitação**. [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. [Consult. 10 dez. 2021]. Disponível em <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Interdicao_inabilitacao.pdf>.

NEVES, das Gaioto Relat. - Acórdão do Tribunal da Relação de Évora com o n.º 731/07-2, de 14 de junho de 2007. [Em linha]. [consult. 20 dez. 2021]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/49f7c80253ec9b0880257de100574b18?OpenDocument&Highlight=0,731%2F07-2>

NEVES, Maria Raquel – Responsabilidade Penal do Médico. **Revista Formação Ministério Público**. 1ª ed. [Em linha]. Centro de Estudos Judiciários: Lisboa, 2015. [Consult. 15 jan. 2023]. Disponível em: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=kvtDHXKR57k%3D&portalid=30>.

NORMA n.º 015/2013 – **Direção Geral da Saúde**. [Em linha]. Disponível em: <https://www.dgs.pt/normas-orientacoes-e-informacoes/normas-e-circulares-normativas/norma-n-0152013-de-03102013-pdf.aspx>

NUNES, Rui - O consentimento informado na prática clínica: consentimento informado e boa prática clínica. **Julgar: Consentimento Informado**. Lisboa: Coimbra Editora, 2014, ed. Especial. ISSN 16466853..

NUNES, Rui – Testamento Vital. [Em linha]. **Revista de Pediatria do Centro do Porto**: [sn], Ano 2012, Vol. XXI, n.º 4. [Consult. 15 jul. 2023]. Disponível em <https://repositorio.chporto.pt/bitstream/10400.16/1421/1/v21n1a10.pdf>.

PEREIRA, André Gonçalo Dias – Consentimento Informado e Bens Jurídicos no Direito Penal e no Direito Civil. **Revista Formação Contínua**. [Em linha]. Centro de Estudos Judiciários: Lisboa, 2020. [Consult. 15 jan. 2023]. Disponível em: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=kBS6KaykToo%3D&portalid=30>.

PEREIRA, André Gonçalo Dias – Diretivas Antecipadas de Vontade. **JULGAR**. Coimbra:

Coimbra Editora, Número Especial (2014). ISSN 16466853.

PEREIRA, André Gonçalo Dias – **O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: estudo de direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 212761/2004.

PINHEIRO, Jorge Duarte - Alguns aspectos do instituto da interdição. **Interdição e Inabilitação**. [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. [Consult. 10 dez. 2021]. Disponível em <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Interdicao_inabilitacao.pdf>.

PINTO, Carlos Alberto Mota - **Teoria Geral do Direito Civil** – 4ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1325-7.

PORTARIA N.º 96/2014. **Diário da República**, Série I. N.º 85 (05-05-2014), p. 2637-26-39. [Em linha]. [Consult. 17 de jul. de 2023]. Disponível em https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/portaria/96-2014-25343768Portugues_-Out2013-.pdf

RAIMUNDO, Diana Sara Lopes – O procurador de cuidados de saúde na lei n.º 25/2012, de 16 de julho. **Revista Eletrônica de Direito Público**. [Em linha]. [sl]: [sn], 2014. Vol. I, n.º 2, p.513. ISSN 2183-184x. Disponível em <https://e-publica.pt/article/34585>.

RAPOSO, Vera Lúcia – Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida. **Revista do Ministério Público**. Lisboa. Depósito Legal n.º 1997/86. N.º 125 (jan.-mar. 2011).

RAPOSO, Vera Lúcia – **Do Regime das Inversões Médico-Cirúrgicas Arbitrárias no Código Penal Português**. [Em linha]. [sl]: [sn], [sd]. p.1. [Consult. 15 jan. 2023]. Disponível em https://www.vda.pt/xms/files/v1/Publicacoes/Artigo_VLR_Do_Regime_das_Intervencoes_Medico-Cirurgicas_Arbitrarias_no_Codigo_Penal

RAPOSO, Vera Lúcia – No dia em que a morte chegar (decifrando o regime jurídico das diretivas antecipadas de vontade). **Revista Portuguesa do Dano Corporal**. Coimbra. ISSN 1645-0760. Ano XXII, n.º 24 (Dezembro 2013).

RECOMENDAÇÃO N.º (99) 4 - **Conseil de L'europe (Conselho da Europa)**. [Em linha]. [Consult. 10 jan. 2022]. Disponível em <https://rm.coe.int/16805e3038>

REGO, Fabiana. A Força Jurídica das Declarações Antecipadas De Vontade. In **Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. Coimbra: Coimbra Editora. Depósito Legal 214044/04. Ano 8, n.º 16 (jul.-dez. 2011).

RELATÓRIO E PARECER SOBRE O ESTATUTO DO MAIOR ACOMPANHADO - 100/CNECV/2018. [Em linha]. [Consult. 10 jan. 2022]. Disponível em <file:///C:/Users/Ana%20Paula/DESKTOP-T1NCGJM/Downloads/parecer-n-o-100-cnecv-2018-sobre-o-estatuto-do-maior-acompanhado.pdf>

RESOLUÇÃO DA ASSEMBLÉIA DA REPÚBLICA n.º 1/2001 - **Diário da República** n.º 2/2001, Série I-A de 2001-01-03. [Em linha]. [Consult. 08 jun. 2022]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/resolucao-assembleia-republica/1-2001-235128>

RIBEIRO, Geraldo Rocha – A Decisão Médica no Âmbito dos Cuidados de Saúde de Incapazes Adultos. **Lex Medicinæ**. Instituto Jurídico: Coimbra, Ano 14, n.º 27-28 (2017). ISSN 1646-0359.

RIBEIRO, Geraldo Rocha – O Instituto do Maior Acompanhado à Luz da Convenção de Nova Iorque e dos Direitos Fundamentais. **Julgar**. [Em linha]. Coimbra: Editora Coimbra, 2020. [Consult. 22 abr. 2022]. Disponível em file:///C:/Users/Cliente/Downloads/2020503-JULGAR-O-Instituto-do-Acompanhamento-%C3%A0-luz-da-Conven%C3%A7%C3%A3o-de-Nova-Iorque-e-direitos-fundamentais-GRR.pdf

RIBEIRO, Geraldo Rocha - Os poderes do representante legal nas situações de internamento “voluntário” à luz do direito português. **Interdição e Inabilitação**. [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. [Consult. 10 dez. 2021]. Disponível em <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Interdicao_inabilitacao.pdf>.

RIBEIRO, Lucas Nobrega – O Maior Acompanhado e as Diretivas Antecipadas de Vontade. **Lex Medicinæ**. Instituto Jurídico: Coimbra, Ano 16, n.º 31-31 (2019). ISSN 1646-0359

RODRIGUES, João Vaz – A Recusa do Paciente: reflexões sobre o dissentimento nas relações com os agentes médicos. **Revista Formação Contínua**. [Em linha]. Centro de Estudos Judiciários: Lisboa, 2020. [Consult. 15 jan. 2023]. Disponível em: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=kBS6KaykToo%3D&portalid=30>.

RODRIGUES, Silvio – **Direito Civil** – Volume I. São Paulo: Saraiva, 2003. ISBN 850204320-X.

SANTOS, Rodrigo dos Relat. - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o n.º 08B1800, de 15 de outubro de 2009. [Em linha]. [consult. 06 jun. 2022]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5e9af97caf3a393e8025765400595623?OpenDocument&Highlight=0,08B1800>
states on principles concerning continuing powers of attorney and advanced directives for incapacity. [Em linha]. [Consult. 27 de jul. de 2023] Disponível em: <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1563397&Site=CM>>.

TELES, Carolina; PEREIRA, André Dias – Consentimento Informado nos Doentes Adultos Incapazes de Decidir: Avaliação da Capacidade de Decisão. **Lex Medicina**. Instituto Jurídico: Coimbra, Ano 17, n.º 33 (2020). ISSN 214044/04.

VALE, Maria do Carmo; OLIVEIRA, Guilherme – **Consentimento Informado em Menores**. [Em linha]. [sl]: Editora CEIC, 2011. [Consult. 12 dez. 2022]. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/280715079_Vale_MC_Oliveira_G_Consentimento_informado_em_menores_Ed_CEIC_2011_httpwwwceicptportalpageportalCEICDocumento_sDOCUMENTOS_REFLEXAOConsent20Inf20Menores20Eu20e20GO20CEICpdf.

VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais – **A Autorização**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2016. ISBN 978-972-40-6560-1.

VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – **A Procuração Irrevogável**. 2ª ed - Reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6437-6.

VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – Maior Acompanhado, “Direitos Pessoais” e Negócios da Vida Corrente. **O exercício de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente pelo acompanhado**. [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. [Consult. 03 mar. 2022]. Disponível em <https://static1.squarespace.com/static/563487a1e4b01aa792817ed1/t/5e9ad85456774a007cc94e08/1587206284762/2019+-+PLPV+-+Maior+acompanhado%2C+%E2%80%9Cdireitos+pessoais%E2%80%9D+e+neg%C3%B3cios+da+vida+corrente.pdf>.

VENOSA, Silvio de Salvo - **Direito Civil: parte geral** – 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. ISBN 852243676-2.

VILLAFRANCA, Roberto Cañete; GUILHEM, Dirce; PÉREZ, Katia Brito – Paternalismo Médico. **Revista Médica Eletrônica**. [Em linha]. [sl]: [sn], 2013, Vol. 35, n.º 2. [Consult. 21 jan. 2023]. Disponível em <https://revmedicaelectronica.sld.cu/index.php/rme/article/view/977>

VITOR, Paula Távora — O Apelo De Ulisses: O Novo Regime Do Procurador De Cuidados De Saúde Na Lei Portuguesa. **Julgar**. Número Especial Consentimento Informado. [Em linha]. Coimbra Editora: Coimbra, 2014. [Consult. 15 jan. 2023]. Disponível em: <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/02/JULGAR-ESPECIALCONSENTIMENTO-INFORMADO-11-O-APELO-PTV.pdfTV.pdf>.

VÍTOR, Paula Távora - Os Novos Regimes de Proteção das Pessoas com Capacidade Diminuída. **Autonomia e Capacitação – os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. [Em linha]. [sl]: Centro de Investigação Jurídico Económica, 2018. [Consult. 10 dez. 2021]. Disponível em https://sigarra.up.pt/fdup/pt/web_gessi_docs.download_file?p_name=F1399621482/Livro%20-%20Actas%20-%20Semin%E1rio%20Autonomia%20e%20Capacita%E7%E3o.pdf. p. 127 e 128.