

O procurador de cuidados de saúde na lei n.º 25/2012,  
de 16 de julho

Attorney for health care in law n. 25/2012,  
of the 16<sup>th</sup> july

DIANA SARA LOPES RAIMUNDO

VOL. 1 Nº 2 JUNHO 2014

[WWW.E-PUBLICA.PT](http://WWW.E-PUBLICA.PT)

**O PROCURADOR DE CUIDADOS DE SAÚDE NA LEI N.º 25/2012, DE 16 DE JULHO**

**ATTORNEY FOR HEALTH CARE IN LAW N. 25/2012, OF THE 16<sup>TH</sup> JULY**

DIANA SARA LOPES RAIMUNDO  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Alameda da Universidade - Cidade Universitária  
1649-014 Lisboa - Portugal  
d.s.l.raimundo@gmail.com

**Resumo, Abstract, Palavras-chave, Keywords, Razão de Ordem, 1. Dos Requisitos Legais na Redação das Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV'S), 1.1. Os Requisitos de Forma e de Publicidade, 1.2. Os Requisitos de Capacidade, 2. Da Manifestação de Vontade na Redação das dav's, 2.1. O Conteúdo das Determinações das dav's, 2.2. A Eficácia das dav's, 3. Da Figura do Procurador de Cuidados de Saúde em Especial, 3.1. A Nomeação do procurador de cuidados de saúde, 3.2. Os Poderes do Procurador de Cuidados de Saúde, Reconhecimento da Autodeterminação Preventiva e/ou Exercício Delegado de Direitos Fundamentais?**

**Resumo:** As Diretivas Antecipadas de Vontade são instruções elaboradas antecipadamente por uma pessoa em relação a tratamentos médicos que deseja aceitar ou recusar, se num momento futuro se encontrar incapaz de exprimir e tomar as suas próprias decisões.

O presente artigo pretende definir os princípios do seu enquadramento e questionar as respetivas condições de admissibilidade, bem como os seus limites, abordando em especial a figura do procurador de cuidados de saúde.

Tomar-se-á como guia normativo os trabalhos preliminares do diploma publicado como Lei n.º 25/2012, de 16 de julho.

**Abstract:** Advance Directives Wills are instructions prepared in advance regarding medical treatments that a person intends to accept or decline, if they ever became unable to express and carry out their own decisions.

The present work aims to define the framework of principles and their conditions and limitations, especially the figure of attorney for health care.

We will follow the debate and legal procedure of approval of the portuguese Law n. 25/2012, of the 16th july.

**Palavras-Chave:** Diretivas Antecipadas de Vontade; Testamento Vital; Procurador de cuidados de saúde; Registo; Capacidade.

**Keywords:** Advance Directives Wills; Living Wills; Attorney for health care; Registration; Capacity.

**Razão de Ordem:** A Lei n.º 25/2012, de 16 de julho, cuja entrada em vigor se deu a 16 de agosto de 2012, introduziu finalmente no ordenamento jurídico português a figura das Diretivas Antecipadas de Vontade (doravante “DAV’s”), na forma de testamento vital e/ou de procurador de cuidados de saúde:

Aprovada por unanimidade em votação final global pela Assembleia da República a 1 de junho, culminou assim um longo processo que atravessou diferentes legislaturas, originou várias iniciativas parlamentares, envolveu o empenho de um grupo de trabalho criado para o efeito na Comissão Parlamentar da Saúde, e foi também o coroar de um intenso debate desencadeado na sociedade portuguesa.

O texto que serve de base ao presente artigo – investigação à data feita para dissertação de mestrado em Direito (área de Ciências Jurídico-Políticas) - teve a dificuldade, mas também o inquestionável desafio de acompanhar, *pari passu*, também a parte final do procedimento legislativo, mormente a versão aprovada supra referida, a respetiva promulgação pelo Presidente da República a 5 de julho e, finalmente, a publicação a 16 de julho de 2012.

A nossa abordagem centra-se no estudo de caso do procurador dos cuidados de saúde, apresentando-o como mecanismo adequado para dinamizar os direitos fundamentais que contendam com esta matéria e capaz de ultrapassar (algumas) complexidades reconhecidas na elaboração e aplicação de um testamento vital.

## 1. Dos Requisitos Legais Na Redação Das Diretivas Antecipadas De Vontade (DAV'S)

Em 2006, a Associação Portuguesa de Bioética apresentou aos grupos parlamentares<sup>1</sup> o Projeto de Diploma n.º P/06/APB/06 que visava regular o “exercício do direito a formular diretivas antecipadas de vontade no âmbito da prestação de cuidados de saúde e cria o correspondente registo nacional”, o que originou um intenso debate a nível nacional<sup>2</sup>.

Posteriormente, em 2009, o grupo parlamentar do Partido Socialista (doravante “PS”) elaborou o Projeto de Lei n.º 788/X sobre os “direitos dos doentes à informação e ao consentimento informado”, o qual na secção IV contemplava as DAV's. O diploma foi debatido e aprovado na generalidade, tendo caducado devido às circunstâncias políticas e sociais então existentes<sup>3</sup>.

Em 2010, também os grupos parlamentares do Bloco de Esquerda (doravante “BE”), do Partido Social Democrata (doravante “PPD/PSD”) e do Partido Popular (doravante “CDS-PP”) apresentaram projetos de lei sobre esta matéria<sup>4</sup>. Todavia, com a publicação em Diário da República da aceitação da demissão do Governo, por Decreto do Presidente da República n.º 44-A/2011, as propostas de lei que tinham sido apresentadas pelo Governo e descido para discussão na especialidade caducaram, nos termos do n.º 6 do artigo 167.º da CRP.

Assim, no ano de 2011, os grupos parlamentares apresentaram novos projetos e que – tendo resultado na Lei n.º 25/2012, de 16 de julho (doravante “LDAV”) – serão o objeto primacial da nossa abordagem, no sentido de identificarmos os seus pontos de convergência e explicarmos as suas diferenças mais significativas.

Acresce ainda a necessidade de convocar para esta explanação o acervo de pareceres emitidos pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (doravante “CNECV”) *hoc casu*, especialmente o Parecer n.º 57/CNECV/2009<sup>5</sup>

---

1. Assinalamos a impossibilidade de esta Associação gozar de iniciativa legislativa, nos termos e para efeitos do n.º 1 do artigo 167.º da CRP, pelo que se deve entender a apresentação da proposta como contributo para o debate, visando o impulso legiferante.

2. Debate despoletado pela crescente consciencialização da sociedade portuguesa no que respeita à importância e legitimidade da formulação de DAV's e consistiu, sobretudo, na realização de palestras e de debates, na publicação de artigos e obras literárias e na divulgação desta matéria pela comunicação social.

3. RUI NUNES / HELENA PEREIRA DE MELO, *Testamento Vital*, p. 14.

4. Respetivamente: o Projeto de Lei n.º 413/XI/2.ª do PS que visava regular o direito dos doentes à informação e ao consentimento informado, o Projeto de Lei n.º 414/XI/2.ª do BE que visava regular o direito dos cidadãos a decidirem sobre a prestação futura de cuidados de saúde, em caso de incapacidade de exprimirem a sua vontade e criava o registo nacional de testamento vital (RENTEV), o Projeto de Lei n.º 428/XI/2.ª do PPD/PSD que pretendia regular as declarações antecipadas de vontade e o Projeto de Lei n.º 429/XI/2.ª do CDS-PP que tinha em vista regular as diretivas antecipadas de vontade em matéria de testamento vital e nomeação de procurador de cuidados de saúde e procedia à criação do registo nacional do testamento vital.

5. Este parecer foi objeto de fortes críticas, porquanto todo ele parece estar assente numa desconfiança perante o princípio de autonomia e autodeterminação da pessoa doente, *vide* LAURA FERREIRA DOS SANTOS, *Testamento Vital. O que é? Como elaborá-lo?*, Sextante Editora – Porto Editora, 2011, p. 175.

que incidiu sobre o referido Projeto de Lei n.º 788/X e o Parecer n.º 59/ CNECV/2010 que se debruçou sobre os projetos de lei relativos às DAV's, os quais pelo seu elevado contributo para o candente assunto em análise não poderemos descurar.

### *1.1. Os requisitos de forma e de publicidade*

Em todos os projetos de lei se reconheceu a necessidade das DAV's serem formalizadas através de documento escrito, que poderia revestir a forma de testamento vital, de nomeação de procurador de cuidados de saúde, ou de ambas, simultaneamente<sup>6</sup>. Aliás, no n.º 6 do artigo 5.º do Projeto de Lei n.º 64/XII/1.<sup>a</sup> do CDS-PP encontrava-se expressamente prevista a possibilidade de se celebrar quer o testamento vital, quer a procuração de cuidados de saúde no mesmo ato notarial, já da leitura do artigo 3.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.<sup>a</sup> do PPD/PSD não se vislumbrava essa possibilidade do documento de DAV poder revestir, concomitantemente, ambas as formas *supra* referidas.

De acordo com o n.º 1 do artigo 3.º da LDAV, no documento escrito devem constar:

- a) A identificação completa do outorgante;
- b) O lugar, a data e a hora da sua assinatura;
- c) As situações clínicas em que produz efeitos;
- d) As opções e instruções relativas a cuidados de saúde que o outorgante deseja (ou não) receber, no caso de se encontrar em alguma das situações referidas na alínea anterior;
- e) As declarações de renovação, alteração ou revogação da DAV, caso estas existam.

ALDAV prevê que a referida assinatura<sup>7</sup> do outorgante deverá ser presencialmente reconhecida por um notário<sup>8</sup> ou, desde que devidamente habilitado para o

---

6. Laura Ferreira dos Santos – LAURA FERREIRA DOS SANTOS, *Testamento Vital*, p. 37 – também não propõe a obrigatoriedade de proceder à nomeação de um procurador de cuidados de saúde (apesar de o aconselhar), porquanto essa obrigatoriedade poderia afastar as pessoas de, pelo menos, preencherem e formularem o restante formulário.

7. Se o outorgante não souber ou não puder ler e/ou escrever, o documento será escrito por outra pessoa a indicar pelo outorgante, ficando consignada no mesmo a razão por que este não o preenche e assina, bem como os dados pessoais identificativos da pessoa que o faz e a respetiva assinatura, também devidamente reconhecida.

8. Algumas legislações (galega, estremenha e catalã) permitem a possibilidade de o outorgante escolher entre deslocar-se ao notário ou no momento da sua assinatura estarem presentes três testemunhas, portanto permitem a certificação testemunhal em vez do controlo notarial. Isto porque o outorgante pode já estar acamado, pelo que a deslocação ao notário se revelaria uma burocracia onerosa e injustificada como explica ANDRÉ PEREIRA, *O consentimento informado*, p. 254. O mesmo autor comenta “a actual realidade do notariado português garante,

efeito, por um funcionário do Registo Nacional do Testamento Vital (doravante “RENTEV”)<sup>9</sup>, nos termos do artigo *supra* indicado.

Em relação aos requisitos formais exigidos na elaboração de uma DAV, note-se que a LDAV não prevê nenhuma particularidade quando o outorgante constitua, adicionalmente ou exclusivamente, procurador de cuidados de saúde. Ora, não obstante a LDAV ser omissa no que toca a este aspeto, aconselhamos uma aproximação ao n.º 3 do artigo 5.º do Projeto de Lei n.º 21/XII/1.<sup>a</sup> do BE<sup>10</sup>, devendo ainda constar no documento em causa os seguintes elementos:

A declaração de constituição de procurador e seu substituto, com a identificação completa dos mesmos;

As respetivas declarações de aceitação das pessoas nomeadas, devidamente assinadas e reconhecidas nos termos *supra* referidos.

Refira-se que, no caso de o outorgante recorrer à colaboração de um médico para se esclarecer e ser ajudado na elaboração da DAV, podem ainda constar no documento próprio a identificação e a assinatura do médico, “...*se for essa a opção do outorgante e do médico...*”, nos termos do n.º 2 do artigo 3.º da LDAV. Assim, bastará um destes sujeitos não o desejar para que tanto a identificação, como a assinatura do médico não apareçam no documento, uma vez que se tratam de pressupostos cumulativos. Com efeito, o esclarecimento cabal por parte de um médico, sobre as opções e implicações da DAV que o outorgante deseja realizar, é meramente facultativo<sup>11</sup> e, assim sendo, não existe a

---

ou deveria garantir, um atendimento mais acessível ao cidadão, inclusive a prestação do serviço ao domicílio ou num estabelecimento de saúde, por parte do Notário, se para tanto for requisitado”, *vide* ANDRÉ PEREIRA, *Declarações Antecipadas de Vontade*, p. 57. Convoque-se ainda aqui o entendimento de Laura Ferreira dos Santos – LAURA FERREIRA SANTOS, *Testamento Vital*, p. 75 – que estabelece um extenso elenco de condições que têm que ser preenchidas por quem atuar como testemunha. Desse conjunto constam como condições, por exemplo, não ser alguém nomeado pelo outorgante como seu procurador de cuidados de saúde; não cuidar do outorgante ao nível da saúde, nem ser proprietário ou agente de um estabelecimento de saúde, lar, ou instância semelhante, em que esta pessoa esteja internada; não ser empregado ou cônjuge de quem presta cuidados de saúde a essa pessoa; não ser responsável financeiramente pelos cuidados de saúde desta pessoa; não ser empregado de uma seguradora de saúde; entre outras. Não concordamos com tão rigorosa exigência, que acabaria por invalidar a certificação testemunhal.

9. Preferimos “Registo Nacional da Diretiva Antecipada de Vontade” (RENDAV) em vez do termo “Registo Nacional do Testamento Vital” (RENTEV), para que não se associe, erradamente, o ato de registo apenas a esta modalidade de DAV que é o testamento vital. Este entendimento foi assinalado no Parecer n.º 22/2012 da CNPD, no qual se considera que a designação do registo a criar deveria ser conforme aos atos que serão objeto de inclusão no referido registo. Contudo, possivelmente o legislador poderá ter preferido o termo RENTEV em vez de RENDAV para não se confundir este Registo com o Registo Nacional de Não Dadores, denominado RENNDA.

10. Para além dos elementos indicados nas duas alíneas *supra* mencionadas, o Projeto do BE n.º 21/XII/1.<sup>a</sup> na alínea c) do n.º 3 do seu artigo 5.º propunha que, caso fosse constituído um procurador de cuidados de saúde, deveriam obrigatoriamente também constar: “*As declarações de revogação, renúncia ou substituição de procurador de cuidados de saúde ou seu substituto, caso existam, devidamente assinadas e reconhecidas notarialmente.*”.

11. LAURA FERREIRA DOS SANTOS, – *Testamento Vital*, pp. 81 e 82; pp. 171 e 172 – defende que não deve existir a necessidade de uma participação médica na elaboração de uma DAV,

obrigatoriedade de se declarar expressamente que se rejeita esse esclarecimento (ao contrário do previsto na alínea b) do artigo 6.º do último Projeto de Lei do grupo parlamentar do PS que fazia depender o valor vinculativo do testamento vital do cumprimento deste requisito). Ora, se em termos teóricos podia considerar-se que uma DAV elaborada com a ajuda de um médico teria sempre um valor superior a uma DAV elaborada sem esse contributo (precisamente pela clara apresentação das situações clínicas abrangidas e os tratamentos médicos a aceitar e/ou recusar), a experiência holandesa é aqui elucidativa quanto a esta participação<sup>12</sup>. Ao contrário do que seria expectável, a proporção de diretivas escritas de forma genérica na referida jurisdição não diminuiu significativamente com a existência de uma intervenção de um médico na fase de esboço<sup>13</sup>. E a estes resultados decepcionantes deve somar-se o facto de as DAV's redigidas sem acompanhamento de um suposto especialista registarem mais vezes a nomeação de um procurador de cuidados de saúde do que as DAV's realizadas com a participação de um médico<sup>14</sup>.

Considere-se agora que, de acordo com o n.º 1 do artigo 6.º e o n.º 1 do artigo 16.º ambos da LDAH, o documento de DAV pode<sup>15</sup> constar no registo nacional adequado para o efeito (o RENTEVE) ou ser entregue à equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde (pelo outorgante ou pelo procurador de cuidados de saúde), apenas produzindo efeitos nos casos em que o seu outorgante se encontre incapacitado de expressar pessoal e autonomamente a sua vontade.

Devido à natureza meramente opcional do registo, para que um documento não registado em que a DAV se encontra inserida seja válido, a assinatura do outorgante deverá ter sido reconhecida.

A questão da obrigatoriedade do registo foi uma questão que não obteve consenso nos vários projetos de lei, o que facilmente se poderá comprovar pela análise do n.º 7 do artigo 5.º do Projeto de Lei n.º 21/XII/1.ª do BE e do n.º 5 do artigo 5.º do Projeto de Lei n.º 64/XII/1.ª do CDS-PP que previam a obrigatoriedade do registo, enquanto o n.º 3 do artigo 10.º do Projeto de Lei n.º 62/XII/1.ª do PS e o n.º 3 do artigo 8.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD estabeleciam o efeito meramente declarativo.

Nos termos do disposto no artigo 15.º da LDAH e no artigo 1.º da tão aguardada

---

à semelhança do que acontece na maior parte das legislações, por exemplo, na legislação espanhola (Lei n.º 41/2002, de 14 de Novembro de 2002), e por oposição ao que sucede na legislação austríaca, inteiramente defendida por ANDRÉ PEREIRA, *Declarações Antecipadas de Vontade*, p. 56 (nomeadamente no que concerne ao fornecimento da informação necessária e à confirmação da capacidade do paciente para entender o que se lhe diz).

12. LAURA FERREIRA DOS SANTOS, *Testamento Vital*, p. 81.

13. CRISTIANO VEZZONI, *Advance Treatment Directives and Autonomy for Incompetent Patients. An Internacional Comparative Survey of Law and Practice, with Special Attention to the Netherlands*. Lewiston/Queenston/Lampeter: The Edwin Mellen Press, 2008:193 *apud* LAURA FERREIRA DOS SANTOS, *Testamento Vital*, p. 81.

14. LAURA FERREIRA DOS SANTOS, *Testamento Vital*, p. 81.

15. Apesar do registo da DAV não ser obrigatório, aconselhamos que se proceda ao mesmo, no sentido de tornar mais fácil, rápida e eficaz a respetiva consulta.

Portaria n.º 96/2014, de 5 de maio (doravante “Portaria”)<sup>16</sup>, que regulamenta a organização e o funcionamento do RENTEV, este Registo tem como finalidade rececionar, registar, organizar e manter atualizada a informação e documentação relativas “ao documento de diretivas antecipadas de vontade e à procuração de cuidados de saúde.” A Portaria padece, pois, da mesma confusão de terminologias denotada na LDAV, porquanto a referência a DAV’s deve incluir tanto o documento de Testamento Vital, como a procuração de cuidados de saúde.

Antes de mais, e contrariando a disposição dos artigos constante na Portaria – por nos parecer facilitar a sua análise e compreensão – iremos “saltar” para o seu artigo 8.º que prescreve sobre o funcionamento do RENTEV. No n.º 1 deste artigo, dispõe-se que o RENTEV é operacionalizado através de um sistema de informação próprio que garante “o registo, alteração, cancelamento, caducidade e consulta” das DAV’s.

O Agrupamento de Centros de Saúde (doravante “ACES”) ou a Unidade Local de Saúde, EPE (doravante “ULS, EPE”) são as entidades que asseguram a receção, registo, organização e atualização da informação constante das DAV’s no RENTEV e no arquivo físico, segundo o previsto no n.º 2 do artigo referido.

Refere o n.º 3 do mesmo artigo, que para os efeitos do n.º 1 do artigo 3.º da LDAV, considera-se “funcionário devidamente habilitado” do RENTEV os responsáveis pelo tratamento da informação, os quais são expressamente designados por despacho do Diretor Executivo dos ACES e do Conselho de Administração das ULS, EPE, dentro da organização interna dos respetivos serviços, competindo-lhes assegurar a qualidade dos dados, nomeadamente as condições de segurança e confidencialidade<sup>17</sup>.

---

16. A LDAV, no seu artigo 19.º, estabelecia que a sua regulamentação deveria ser feita no prazo de 180 dias a partir da sua entrada em vigor, ou seja, até 16 de fevereiro de 2013. Uma vez que a Portaria, de acordo com o seu artigo 11.º, entrará em vigor no dia 1 de julho de 2014, não se conseguiu cumprir esse prazo. De referir também que no Parecer n.º 88/2012, de 18 de dezembro de 2012, a CNPD pronunciou-se sobre a proposta de portaria relativa ao RENTEV e informou ter dúvidas de que um diploma sob a forma de Portaria (um regulamento administrativo) tivesse a forma adequada para regular tal matéria, tendo em conta a natureza (pessoal sensível) dos dados de saúde que constam do RENTEV. Apesar de aquele parecer aconselhar a regulação dos aspetos essenciais do tratamento de dados decorrentes do RENTEV por via legislativa, nos termos do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP, referiu que na sua falta, o tratamento de dados efetuado pelo RENTEV estará sempre dependente dos procedimentos previstos na Lei de Proteção de Dados. E podemos verificar que a Portaria no seu artigo 10.º respeita essa dependência dizendo no seu n.º 1 que “[o] tratamento da informação desenvolvido no âmbito do RENTEV, em tudo quanto não seja regulado na presente portaria, rege-se pelos regimes gerais aplicáveis à proteção de dados pessoais, na generalidade, e, na especialidade, pela legislação que regula os requisitos de tratamento de dados pessoais para a constituição de ficheiros de âmbito nacional, contendo dados de saúde, com recurso a tecnologias de informação, e no quadro do Serviço Nacional de Saúde.” E o seu n.º 3 prevê que o exercício dos direitos pelos titulares dos dados, bem como o acesso de terceiros não legitimados pela LDAV, ao RENTEV, rege-se pela Lei de Proteção de Dados Pessoais.

17. O n.º 1 do artigo 18.º da LDAV prevê que todos os que no exercício das suas funções tomem conhecimento de dados pessoais constantes nas DAV’s ficam obrigados a observar o sigilo profissional, mesmo após o termo das respetivas funções. E nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, estabelece-se que a violação desse dever constitui ilícito disciplinar, civil e penal, nos

O RENTEV disponibiliza, a informação constante das DAV's na Plataforma de Dados de Saúde, que a disponibiliza, depois, mediante acesso reservado, aos profissionais de saúde e aos utentes, através do Portal do Profissional e do Portal do Utente, nos termos do n.º 5 do indicado artigo<sup>18</sup>.

Por sua vez, o n.º 6 do preceito em questão, determina que o acesso ao RENTEV por profissionais de instituições de saúde não pertencentes ao Serviço Nacional de Saúde é efetuado mediante a introdução da palavra-passe individual do médico, validada através do sistema de requisição de vinhetas pessoais, e leitura do número do cartão de cidadão do utente<sup>19</sup>.

Saliente-se, que cada acesso à informação do RENTEV, nestes termos, é automaticamente notificado ao outorgante da diretiva e ao procurador de cuidados de saúde (se existir), desde que os respetivos endereços eletrónicos tenham sido previamente inseridos no RENTEV, conforme o disposto no n.º 7 do artigo 8.º da Portaria<sup>20</sup>.

Ora, segundo o n.º 2 do artigo 16.º da LDAV conjugado com o n.º 1 do artigo 2.º da Portaria, para proceder ao registo o outorgante tem duas alternativas: pode apresentar presencialmente o respetivo documento no RENTEV ou enviá-lo por correio registado com aviso de receção, devendo, neste caso, a assinatura do outorgante ser reconhecida. Na primeira hipótese, nos termos do disposto nas alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 2.º da Portaria, o registo presencial é feito mediante preenchimento de um modelo<sup>21</sup> aprovado ou mediante a apresentação de documento que respeite os requisitos previstos pela LDAV, devendo quer um, quer outro conter a assinatura do outorgante reconhecida pelo notário ou assinado presencialmente pelo outorgante.

De acordo com o n.º 3 do artigo 2.º da Portaria, o registo<sup>22</sup> é solicitado “aos serviços de cuidados de saúde primários da respetiva área de residência”.

---

termos da lei. Por sua vez, a previsão do n.º 4 do artigo 8.º da Portaria que se debruça sobre este assunto nada refere quanto às consequências da violação desse dever.

18. No Parecer 88/2012 da CNPD quanto à proposta de portaria pode ler-se que “a PDS é um instrumento de intercomunicação entre os sistemas de informação de cada uma das instituições de saúde, que viabiliza a agregação e visualização da informação de saúde de cada utente, quando e onde for necessária. A PDS não tem informação, apenas permite o acesso a informação existente nas instituições de saúde. Assim, só faz sentido a referência à PDS se com isso se pretender dizer que o acesso ao RENTEV, da responsabilidade da DGS, é efetuado através da PDS.”.

19. Este preceito teve em conta o referido no parecer indicado, pois nele consta a chamada de atenção para a situação de a PDS, neste momento, só estar disponível para as instituições do Serviço Nacional de Saúde.

20. Foi, assim, acolhida a recomendação contida no Parecer do CNECV 69/CNECV/2012, de dezembro de 2012 – e à luz do seu Parecer anterior – sobre as Propostas de Portaria que regulamentam o “Modelo de Testamento Vital” e o RENTEV.

21. Ansiamos que esse modelo de formulário (que é opcional) seja, em breve, aprovado e divulgado.

22. Nos termos do disposto no n.º 5 do artigo 2.º da Portaria, o registo deverá ser feito na língua portuguesa, pelo que a apresentação daqueles documentos redigidos noutra idioma deverá ser acompanhada da respetiva tradução certificada.

E, nos termos do n.º 1 do artigo 3.º da Portaria, esses documentos serão posteriormente verificados pelo ACES ou ULS, EPE respetivos para aferição da sua conformidade com os requisitos legais constantes da LDAV. Perguntamo-nos, aqui chegados, se estão pelo menos, previstas formações específicas para esses serviços estarem real e plenamente habilitados para o efeito. A este propósito, recordamos que nos termos do n.º 4 do artigo 15.º da LDAV é da competência do Governo atribuir ao RENTEV os recursos humanos, técnicos e financeiros necessários ao seu funcionamento.

No que respeita à validação de dados propriamente dita, nos termos do n.º 2 do artigo 3.º da Portaria, temos que a omissão ou a não conformidade com os requisitos legais é, num prazo não superior a dez dias úteis contados da apresentação dos documentos, comunicada por escrito ao outorgante, por meio que garanta a sua receção, para aditamento/correção dos mesmos. Ora, em relação ao momento cujo prazo deverá ser contado, cabe referir que a Portaria indica que esse prazo deverá ser contado desde a apresentação dos documentos “nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 2.º e do artigo anterior”. Estando nós a analisar o artigo 3.º, deverá tratar-se de um mero lapso (julgamos que o legislador deveria querer dizer n.ºs 2 e 3 do artigo anterior) e igual consideração fazemos em relação ao n.º 1 do artigo 3.º por se verificar a mesma situação.

Mas de maior relevo será entender o que se pretendeu dizer por “meio que garanta a sua receção”. Expressão utilizada inúmeras vezes ao longo da dita Portaria. Parece-nos ser de criticar esta opção, por indubitavelmente conceder, assim, demasiada liberdade ou discricionariedade aos respetivos serviços.

O n.º 3 do citado artigo define que esse aditamento/correção deverá ser feito também no prazo de dez dias úteis, devendo os documentos ser assinados presencialmente pelo outorgante ou, no caso de conterem a assinatura do outorgante reconhecida notarialmente, enviados por correio registado com aviso de receção e dirigido ao ACES ou à ULS,EPE. Nos termos do n.º 4 a não apresentação (dos aditamentos/correções) no prazo referido acarreta a caducidade do processo de registo.

Após a validação de dados, o ACES ou a ULS, EPE informará o outorgante e o seu procurador de cuidados de saúde (caso exista) da conclusão do processo de registo, conforme previsto no n.º 1 do artigo 4.º da Portaria. Informação essa – da conclusão do processo – que é feita por escrito, e “por meio que garanta a sua receção”, sendo remetida em anexo cópia dos documentos registados num prazo não superior a dez dias úteis, contados desde a apresentação dos aditamentos/correções ou, se os mesmos não tiverem sido solicitados, desde a apresentação dos documentos nos termos do artigo 2.º, conforme previsto no n.º 2 do artigo 4.º da Portaria.

Note-se que, somente após a receção da informação de conclusão do processo é que o registo no RENTEV produz efeitos, segundo o disposto no n.º 3 do artigo *supra* citado.

Debruçando-nos agora quanto a outra questão, a da consulta do RENTEV,

temos que da conjugação do artigo 17.º da LDAV com o artigo 5.º da Portaria, o médico responsável pela prestação de cuidados de saúde a pessoa incapaz de expressar livre e autonomamente a sua vontade, “assegura” (nos termos da LDAV), “verifica” (nos termos da Portaria), a existência de documento de DAV’s (quer o Testamento Vital, quer o procurador de cuidados de saúde) registados no RENTEV, e acrescenta a Portaria, que será “mediante consulta no Portal do Profissional da Plataforma da Dados de Saúde”.

A LDAV previa que caso se verificasse a sua existência, o documento de DAV era anexado ao processo clínico do outorgante, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 17.º, mas não existe norma semelhante na Portaria.

O n.º 2 do citado artigo 5.º da Portaria concretiza que o outorgante da DAV ou o seu procurador, podem consultar os documentos constantes do RENTEV através do Portal do Utente da Plataforma de Dados da Saúde. Podem ainda solicitar ao RENTEV a consulta ou a entrega de cópia das DAV’s, note-se, através do ACES ou da ULS, EPE da respetiva área geográfica, a qualquer momento, por escrito e “por meio que garanta a sua receção”.

Relativamente à possibilidade dos documentos registados no RENTEV serem alvo de alterações, prescreve o artigo 6.º da Portaria que essa alteração pode efetuar-se a todo o tempo, sendo aplicáveis os *supra* analisados artigos 2.º a 4.º do mesmo diploma.

Quanto à validade do registo no RENTEV, rege o n.º 1 do artigo 7.º da Portaria, que afirma ser válido por cinco anos, correspondendo ao prazo de eficácia das DAV’s nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 7.º da LDAV.

A esse propósito, no n.º 2 do artigo 7.º da Portaria, consta que o ACES ou a ULS, EPE informam por escrito e “por meio que garanta a sua receção”, o outorgante e o procurador (se existir), da data de caducidade dos documentos registados, com uma antecedência mínima de sessenta dias, prazo igualmente previsto n.º 4 do artigo 7.º da LDAV.

Por fim, no n.º 3 do artigo 7.º da Portaria, estabelece-se que a renovação dos documentos registados é feita mediante declaração de confirmação, que deverá ser apresentada, validada e confirmada nos termos dos já referidos artigos 2.º a 4.º também da Portaria.

Mostra-se ainda conveniente mencionar que não se encontra na LDAV, nem na Portaria norma semelhante à do n.º 4 do artigo 8.º do Projeto de Lei n.º 21/XII/1.<sup>a</sup> do BE que previa que a renovação do testamento vital poderia ocorrer noventa dias antes de concluído o prazo referido.

No que respeita em concreto à fixação do prazo dos documentos de DAV’s, LAURA FERREIRA DOS SANTOS defende que a partir dos sessenta anos de idade<sup>23</sup>

---

23. Parafraçando a autora “... a idade de sessenta anos não aparece como fruto de algum estudo «científico» – que me parece desnecessário –, mas fruto de uma opção razoável de «bom

do outorgante, a DAV deveria passar a ter caráter definitivo, ou seja, não seria necessário realizar a sua renovação, isto porque entende que a partir dessa idade as escolhas pessoais são também mais “definitivas”, correspondentes a uma narrativa pessoal de valores já muito enraizada<sup>24</sup>. Ora, a este propósito refira-se que já foi doutrinadamente colocada a hipótese de se criar uma idade máxima de capacidade. Assim, tal como os menores de dezoito anos são incapazes, também o seriam, v.g. os maiores de setenta anos. É óbvio que uma tal proposta criaria uma injustificada discriminação e uma estigmatização das pessoas dessa faixa etária, que na sua grande maioria governam com total autonomia e independência a sua pessoa e desempenham funções relevantes para a sociedade<sup>25</sup>. Mas, no cenário proposto pela doutrina, a DAV que tivesse sido realizada manter-se-ia automaticamente em vigor após o seu outorgante ter perfeito os setenta anos e não seria necessária a sua renovação, uma vez que o n.º 3 do artigo 7.º da LDAV prevê a sua validade quando ocorra a incapacidade do outorgante no decurso do prazo (cinco anos) de eficácia do documento.

Pela elevada importância que se reveste, passamos a reiterar a possibilidade do documento de DAV poder ser revogado ou modificado (total ou parcialmente) em qualquer momento, pelo seu autor. Mais, a sua modificação está sujeita à forma prevista para a redação inicial de uma DAV, mas o seu autor pode também modificar ou revogar o seu documento de DAV através de simples declaração oral<sup>26</sup> ao responsável pela prestação de cuidados de saúde, devendo esse acontecimento ser inscrito no processo clínico, no RENTEV (se aí estiver registado) e comunicado ao procurador de cuidados de saúde (quando exista). De notar ainda que o prazo do documento de DAV se renova sempre que nele se introduzir uma alteração.

Importa ainda tecer um breve comentário sobre o dever de informação que, embora com algumas *nuances* ou diferenças, se encontrava presente em todos os projetos de lei que deram origem à LDAV e esta, por sua vez, optou - não nos parece, pois, ter sido mero esquecimento do legislador, mas antes um silêncio propositado e consciente - por não reconhecer este dever, não se vislumbrando nela qualquer disposição similar às que de seguida se enunciam. O artigo 18.º do Projeto de Lei n.º 21/XII/1.<sup>a</sup> do BE referia que os estabelecimentos de saúde, tanto públicos como privados, seriam obrigados a disponibilizar em locais de fácil acesso e consulta pelos utentes quer a informação sobre o testamento vital e sobre o procedimento para a sua formalização, quer o modelo em suporte de papel do testamento vital. Por seu turno, o artigo 15.º do Projeto de Lei n.º 62/XII/1.<sup>a</sup> do PS previa que os estabelecimentos de saúde, designadamente os

---

senso».”, LAURA FERREIRA DOS SANTOS, *Testamento Vital*, p. 36.

24. LAURA FERREIRA DOS SANTOS, *Testamento Vital*, p. 36.

25. ANDRÉ PEREIRA, *O consentimento informado*, p. 223.

26. O Parecer n.º 22/2012 da CNPD rejeita esta faculdade, afirmando que se trata de “... acolher o princípio de que se para outorgar é necessário respeitar determinado formalismo então, pelas mesmas razões, para modificar e/ou revogar igual formalismo deve ser adotado.”; e atendendo ao cumprimento do princípio da atualização dos dados (alínea d) n.º 1 do artigo 5.º da Lei de Proteção de Dados – o que pode ser colocado em causa com a previsão do n.º 4 do artigo 8.º da LDAV.

centros de saúde e as unidades de saúde familiar, deviam informar os cidadãos do seu direito a emitirem documentos de DAV's e sobre a forma de o exercitarem. O artigo 20.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD, em tudo semelhante ao diploma anterior, afirmava que os serviços integrados no Serviço Nacional de Saúde, designadamente os centros de saúde e as unidades de saúde familiar, deviam informar os utentes do seu direito a emitirem documentos de DAV's e sobre a forma de o exercitarem. Por fim, o artigo 18.º do Projeto de Lei n.º 64/XII/1.ª do CDS-PP referia que os estabelecimentos de saúde deviam assegurar a correta e eficaz informação aos utentes do seu direito a outorgarem um testamento vital ou procuração de cuidados de saúde.

Mediante pareceres prévios do CNECV e da Comissão Nacional de Proteção de Dados Pessoais (doravante “CNPDP”), o ministério com a tutela da área da saúde aprova um modelo de DAV, ainda não divulgado, que será de utilização meramente facultativa pelo outorgante, conforme *supra* mencionado e nos termos do n.º 3 do artigo 3.º da LDAV.

### *1.2. Os requisitos de capacidade*

No que respeita aos requisitos de capacidade<sup>27</sup>, a LDAV determina que só os maiores de dezoito anos possam expressar que cuidados de saúde desejam (ou não) receber, caso se encontrem incapazes de transmitir a sua vontade. Refira-se que dos projetos de lei apresentados pelos grupos parlamentares, somente um – o do grupo parlamentar do CDS-PP – previa o alargamento desta possibilidade a emancipados nos termos legais, sendo inevitável abordar-se a questão da possível emergência de uma nova capacidade/competência para consentir, em especial, de forma antecipada.

O conceito ético e legal de “competência”, utilizado com frequência na literatura de ética médica e de bioética, refere-se à capacidade para decidir autonomamente, pressupondo que a pessoa não só compreende a informação transmitida, como é também capaz de efetuar um juízo independente, de acordo com o seu sistema de valores<sup>28</sup>. Ora, não obstante alguns autores distinguiem os conceitos de competência e de capacidade para consentir<sup>29</sup>, utilizaremos indistintamente ambas as expressões, apesar de reconhecermos a vantagem que se conseguiria obter ao adotar-se o primeiro termo referido, construindo um instituto que se não confundiria com a clássica capacidade (negocial)<sup>30</sup>.

---

27. André Pereira defende ser preferível exigir-se a capacidade negocial para realizar as DAV's, mas que é suficiente a capacidade para consentir em caso de revogação dessas diretivas. Neste sentido, Taupitz, “Landesbericht Deutschland” in Taupitz (Hrsg.), *Zivilrechtliche Regelungen...*, p. 365 e cnfr., tb., Verrel, “Zivilrechtliche Vorsorge ist besser als strafrechtliche Kontrolle – Zum Stellenwert von Patientenverfügung, Betreuungsverfügung, Vorsorgevollmacht und vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung”, in *MedR* 1999, Heft 12, pp. 547-550 *apud* ANDRÉ PEREIRA, *O consentimento informado*, p. 246.

28. RUI NUNES / HELENA PEREIRA DE MELO, *Testamento Vital*, p. 99.

29. JOSÉ CARLOS AMADO MARTINS [et al.], Capacidade do doente para decidir. Avaliar para maximizar a autonomia, *Revista Portuguesa de Bioética*, Ano XIX, n.º 9, Dezembro 2009, p. 310.

30. ANDRÉ PEREIRA, *O consentimento informado*, p. 153.

No nosso entendimento, a afirmação da maioridade para prestar consentimento na prática de atos médicos não deverá depender de critérios rígidos – nem se pode bastar com o simples recurso à idade – devendo ser aferida em função de cada caso concreto que determinará o grau de reconhecimento da autodeterminação do menor<sup>31</sup>. Assim, defendemos que a cada ser humano deverá ser reservada a competência para definir e conformar a sua própria vida<sup>32</sup> e o menor – inegável sujeito de direitos fundamentais – tem o direito a participar do processo de decisão sobre a sua vida e integridade pessoal<sup>33</sup>.

Neste sentido, encontramos no artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança (doravante “CDC”) o direito da criança com capacidade de discernimento ou capacidade “decisional” dar a sua opinião às questões que lhe dizem respeito, devendo esta ser devidamente tomada em consideração, de acordo com a idade e a maturidade<sup>34</sup>. Por seu turno, no n.º 2 do artigo 6.º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e a Dignidade do Ser Humano (doravante “CDHB”) estabelece-se que, quanto às crianças incompetentes para consentir (por patologia mental ou motivo similar) é necessário obter o consentimento do representante, autoridade, pessoa ou instância nos termos da lei interna de cada Estado, sendo imprescindível para a formação deste consentimento ter em consideração a opinião da criança, podendo nos termos do n.º 5 do artigo 6.º da CDHB ser afastado o poder representativo quando seja contrário ao superior interesse da criança<sup>35</sup>. A opinião da criança, note-se, será tanto mais vinculativa e autónoma quanto maior for o grau de capacidade de compreensão e decisão até, no limite, a verificação de plena competência para consentir<sup>36</sup>.

Com efeito, a criança é uma pessoa plena, caracterizada por uma situação de vulnerabilidade e dependência – características igualmente atribuídas à pessoa doente, segundo o n.º 3 do artigo 39.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos (doravante “CDOM”) –, que exige e fundamenta as responsabilidades parentais enquanto instituto jurídico, mas dotada de competência e autonomia para se autodeterminar consoante a sua maturidade<sup>37</sup>. Ora, dispõem os artigos 122.º e 123.º do CC que os menores não detêm plena capacidade geral para agir, cabendo às responsabilidades parentais e, subsidiariamente, à tutela suprir esta incapacidade, segundo o estatuído nos artigos 124.º e 1921.º e seguintes do CC.

No entanto, a estatuição de uma incapacidade geral de agir não deverá impedir o reconhecimento, em determinadas circunstâncias, da capacidade de agir concreta e circunstancial consoante a natureza do ato e maturidade da criança, como resulta da referência à capacidade natural do menor quanto aos atos

---

31. GERALDO ROCHA RIBEIRO, Quem decide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos), *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 7, n.º14, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 105.

32. GERALDO ROCHA RIBEIRO, Quem decide pelos menores?, p. 106.

33. GERALDO ROCHA RIBEIRO, Quem decide pelos menores?, p. 105.

34. GERALDO ROCHA RIBEIRO, Quem decide pelos menores?, p. 108.

35. GERALDO ROCHA RIBEIRO, Quem decide pelos menores?, p. 110.

36. GERALDO ROCHA RIBEIRO, Quem decide pelos menores?, p. 110.

37. GERALDO ROCHA RIBEIRO, Quem decide pelos menores?, p. 110.

patrimoniais da vida corrente, nos termos do n.º 1 alínea b) do artigo 127.º do CC<sup>38</sup> e outras exceções que contêm com direitos pessoais tais como casar, perflhar, testar, escolher uma religião ou ser adotado, respetivamente a alínea a) do artigo 1604.º, artigo 1850.º, alínea a) do artigo 2189.º, artigo 1886.º e alínea a) do n.º 1 do artigo 1981.º, todos também do CC<sup>39</sup>. Assim, o reconhecimento gradual de competências impõe-se à ordem jurídica, conferindo exceções à incapacidade geral de agir e a consequente consagração de “maioridades especiais”, “maioridades antecipadas” ou “emancipações parciais”<sup>40</sup>.

Atualmente, a nossa ordem jurídica fixa os dezasseis anos como a idade em que se presume a competência para consentir a realização de atos médicos<sup>41</sup>. Todavia, não basta a verificação desta idade<sup>42</sup> para que se conclua que a criança é competente para consentir, porquanto a esta acresce a verificação atual e situacional de capacidade de discernir, segundo o disposto no n.º 3, *in fine*, do artigo 38.º do CP<sup>43</sup>. Ora, aferida e comprovada a competência da criança para consentir uma determinada intervenção médica, de igual modo se terá que reconhecer a sua competência para a recusar, ou seja, optar pelo dissentimento<sup>44</sup>.

Realce-se que para elaborar este juízo relacional da competência da criança tem que se recorrer não só à avaliação do grau de maturidade, mas também do grau de autonomia na sua vida em geral, a sua concreta compreensão do sentido e alcance da decisão a tomar, a gravidade da intervenção e o domínio ou a experiência da doença<sup>45</sup>. Desta forma, o processo de decisão e consequente aferição de uma concreta capacidade para consentir<sup>46</sup> é um processo dinâmico, que contém um conteúdo múltiplo de informação e no qual participam vários sujeitos<sup>47</sup>.

---

38. GERALDO ROCHA RIBEIRO, *Quem decide pelos menores?*, p. 111.

39. ANDRÉ PEREIRA, *O consentimento informado*, p. 166.

40. Veja-se o conceito jurídico de emancipação plena, previsto no artigo 132.º do CC e segundo o qual a criança, maior de dezasseis anos de idade (pressuposto referido na alínea a) do artigo 1601.º do mesmo diploma), se pode emancipar pelo casamento. O nosso estatuto de emancipado confere plena equivalência aos maiores de dezoito anos, de acordo com o previsto no artigo 133.º, salvo se a criança não tiver autorização dos pais para se casar, pois neste caso apenas não se assume como plenamente capaz quanto à administração dos seus bens próprios, nos termos do estatuído na alínea a) do artigo 1604.º e nos artigos 1627.º e 1649.º do CC, *vide* GERALDO ROCHA RIBEIRO, *Quem decide pelos menores?*, p. 111.

41. GERALDO ROCHA RIBEIRO, *Quem decide pelos menores?*, p. 126.

42. A idade não é forçosamente sinónimo de maturidade, correspondendo antes aquela limitação aos interesses de ordem geral, de certeza e de segurança, com que o legislador entendeu dever rodear este instituto, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina 7.ª reimpr., 1994, p. 57.

43. GERALDO ROCHA RIBEIRO, *Quem decide pelos menores?*, p. 126.

44. GERALDO ROCHA RIBEIRO, *Quem decide pelos menores?*, p. 126.

45. GERALDO ROCHA RIBEIRO, *Quem decide pelos menores?*, p. 126.

46. Drane, em 1984 apresentou o modelo de “Escala móvel” para graduar o nível de competência mínimo requerido ao tipo de situação concreta. Este autor – *apud* RUI COELHO / SÓNIA RAMOS, Aspectos éticos da saúde mental (Parte II), *Cadernos de Bioética*, p. 338, estabelece que, por exemplo, para recusar um tratamento indispensável, é necessário provar um grau de capacidade muito superior ao que se exige para consentir uma medida sem riscos ou sem caráter urgente. Contudo, deve atender-se que nestas situações não é só o diagnóstico psiquiátrico que deve orientar o perito, mas também os traços de personalidade do doente, o seu nível cultural, as pressões a que está submetido, entre outros vetores.

47. GERALDO ROCHA RIBEIRO, *Quem decide pelos menores?*, p. 131.

Acreditamos que caso se verifiquem preenchidos os dois requisitos mencionados, a idade e a capacidade de discernimento, podemos afirmar que a criança é plenamente competente para consentir, ou seja, tem a faculdade de se emancipar do cuidado dos pais e decidir sozinha<sup>48</sup> e pessoalmente sobre a realização (ou não) de um determinado ato médico<sup>49</sup>. Assim, passa a deter o poder de decisão sobre si, quanto a uma decisão em concreto<sup>50</sup>.

Na verdade, se o juízo sobre a capacidade para consentir, no mesmo paciente, pode variar de caso para caso – em função da gravidade e da complexidade da intervenção proposta<sup>51</sup> – relativamente aos menores não deverá ser diferente.

A solicitação da Comissão Parlamentar de Saúde e de acordo com o estatuído no n.º 2 do artigo 22.º da Lei de Proteção de Dados Pessoais (doravante “LPD”), Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro de 1998, a CNPD emitiu o Parecer n.º 22/2012 sobre o texto de substituição relativo às iniciativas acerca das DAV’s – o Projeto de Lei n.º 62/XII/1.ª do PS, o Projeto de Lei n.º 21/XII/1.ª do BE, o Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD e o Projeto de Lei n.º 64/XII/1.ª do CDS-PP. No parecer da CNPD critica-se o facto de no tocante aos requisitos de capacidade se exigir a maioria, tendo sido citados vários dos instrumentos de direito internacional *supra* mencionados para justificar o entendimento de que não só aos maiores de dezoito anos deverá ser permitido realizar DAV’s<sup>52</sup>.

Contrariamente ao estatuído na LDAV, defendemos que também aos menores com capacidade para consentir deverá ser possível a redação das DAV’s<sup>53</sup>, tendo por base, para além dos preceitos legais indicados, o previsto no artigo 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ou o disposto no artigo 28.º da última versão da Declaração de Helsínquia da Associação Médica Mundial – *Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects*, que demonstram a importância da opinião do menor.

Acrescente-se que a LDAV estabelece que a pessoa que pretender redigir uma DAV, para além de ser maior de idade, não pode estar interdita ou inabilitada por anomalia psíquica e deve encontrar-se em condições de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido para a prática de cuidados de saúde. De acordo com o artigo 4.º da LDAV, estes são três pressupostos cumulativos.

---

48. Guilherme de Oliveira – embora perante outro contexto jurídico – frisa que se deve respeitar o máximo possível o poder paternal, defendendo inclusivamente que se o médico não pedir o consentimento aos pais para realizar o tratamento a um menor, deve responder civilmente por desrespeito pelo poder paternal do representante, *vide* ANDRÉ PEREIRA, *O consentimento informado*, p. 236.

49. GERALDO ROCHA RIBEIRO, *Quem decide pelos menores?*, p. 127.

50. GERALDO ROCHA RIBEIRO, *Quem decide pelos menores?*, p. 130.

51. ANDRÉ PEREIRA, *O consentimento informado*, p. 157.

52. Em declaração de voto no final do parecer da CNPD, Luís Lingnau da Silveira, à data Presidente daquela Comissão, defendeu que os menores, por exemplo com 16 anos, devem poder exercer este direito.

53. Não partilhamos do entendimento de Rui Nunes e Helena Pereira de Melo – RUI NUNES / HELENA PEREIRA DE MELO, *Testamento Vital*, pp. 130 e 131 e p. 190 (nota 55) – que, com base no princípio da precaução defendem que as DAV, pelo menos nesta fase, devem ser reservadas apenas para pessoas com clara capacidade decisional.

Ora, no que concerne ao paciente estar “esclarecido”, em vez de defendermos a participação obrigatória de um médico – que de acordo com o que foi referido não é considerado requisito obrigatório na LDAV – entendemos que devem prever-se meios de informação, tais como programas e protocolos (v.g. de iniciativa governamental), intervenções específicas junto das populações, debates em associações, disseminação de formulários de acordo com os requisitos legais exigidos (mas suficientemente flexíveis para possibilitar a explicitação de opções individuais), inserção da problemática em disciplinas escolares, recurso aos *media* e investimento num programa de computador similar ao que Benjamin H. Levi e Michael Green criaram nos Estados Unidos da América, intitulado *Making Your Wishes Known: Planning Your Medical Future*<sup>54</sup>.

## 2. DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE NA REDAÇÃO DAS DAV’S

O diploma legal em vigor em Portugal aplica-se a cidadãos nacionais, bem como a estrangeiros e apátridas que residam em território português, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 15.º da LDAV e no n.º 1 do artigo 15.º da CRP<sup>55</sup>.

A LDAV não prevê quaisquer “definições”, contrariamente ao que sucedia em todos os projetos de lei anteriores, nos quais se encontrava inserida uma lista que definia, para efeitos da aplicação da lei das DAV’s, alguns conceitos relevantes na matéria<sup>56</sup>.

---

54. Visa o planeamento antecipado dos cuidados de saúde que se desejam quando já não se puder falar por si próprio (*advanced care planning*, um termo frequentemente utilizado nos países de língua inglesa), acabando por transformar as opções tomadas ao longo do programa numa DAV que surge no final, em formato *pdf*, armazenada numa base de dados *online*, de modo a que o seu autor, e apenas ele, possa revisita-la e alterá-la, com o código de acesso e *login* que lhe tiver sido fornecido. Este programa adaptou partes do livro de Robert A. Pearlman, que foi alvo de duras críticas, LAURA FERREIRA DOS SANTOS, *Testamento Vital*, p. 86 e pp. 134-138.

55. Sublinhe-se que ninguém pode ser discriminado no acesso a cuidados de saúde ou na subscrição de um contrato de seguro, em virtude de ter ou não outorgado um documento de DAV’s, nos termos do disposto no artigo 10.º da LDAV.

56. Tais como “testamento vital” (surge nos vários projetos de lei que resultaram na LDAV, à exceção do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD que na alínea l) do seu artigo 2.º opta pela designação “testamento de paciente”), “procurador de cuidados de saúde” (presente na alínea h) do artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 21/XII/1.ª do BE e na l) do n.º 3 do artigo 1.º Projeto de Lei n.º 64/XII/1.ª do CDS-PP), “cuidado/cuidados de saúde” (apenas referido no Projeto de Lei n.º 62/XII/1.ª do PS), “doença terminal” (surge-nos exclusivamente previsto na alínea c) do artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD), “estado permanente de inconsciência” (consta apenas na alínea e) do n.º 1 do artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD), “estabelecimento de saúde” (previsto na alínea d) do n.º 1 do artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD e na alínea c) do n.º 3 do artigo 1.º do Projeto de Lei n.º 64/XII/1.ª do CDS-PP), “processo clínico” (previsto na alínea g) do artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 21/XII/1.ª do BE, bem como na alínea k) do n.º 1 do artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD), “doente” (surge-nos unicamente na alínea e) do artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 21/XII/1.ª do BE), “paciente” (surge na alínea i) do n.º 1 do artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD e na alínea g) do n.º 3 do artigo 1.º do Projeto de Lei n.º 64/XII/1.ª do CDS-PP), “familiar” (somente se encontra na alínea f) do n.º 1 do artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD), entre as demais.

### 2.1. O conteúdo das determinações das DAV's

Em relação ao conteúdo do documento que formaliza a DAV, designadamente sob a forma de testamento vital, de acordo com os n.ºs 1 e 2 do artigo 2.º da LDAV, o outorgante pode decidir, clara e inequivocamente, sobre várias possibilidades, “nomeadamente”:

1. Negar a ventilação e reanimação cardiorrespiratória, ou seja, o suporte artificial das funções vitais;
2. Não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado no seu quadro clínico (designadamente recusar ser alimentado e hidratado artificialmente, quando tal signifique apenas adiar o processo natural de morte;
3. Receber (ou não) os cuidados paliativos adequados à sua situação de saúde;
4. Declinar ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental;
5. Autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos<sup>57</sup>.

Julgamos, atendendo especialmente aos elementos histórico, teleológico e literal, que o legislador optou por estabelecer na LDAV um elenco meramente exemplificativo das situações que poderão constar nos documentos de testamentos vitais, introduzindo-lhe certa maleabilidade. Seria contrário ao espírito da lei se fosse de outro modo, isto é, se o elenco previsto fosse antes taxativo.

O legislador teve o cuidado de prever cinco situações/sugestões por possivelmente serem as comumente mais debatidas e controversas. Uma questão que arrastou consigo bastante celeuma foi a da possibilidade de recusar alimentação e hidratação artificiais e que no elenco da LDAV surge-nos expressamente prevista.

Realçamos que as DAV's não deverão ser dirigidas apenas às situações próximas da morte, as designadas “situações-limite”, mas abranger outras situações, menos invasivas.

Na LDAV não se encontra qualquer previsão sobre o direito a não saber, que estava expressamente previsto no n.º 2 do artigo 4.º do Projeto de Lei n.º 62/XII/1.<sup>a</sup> do PS e no n.º 2 do artigo 5.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.<sup>a</sup> do PPD/PSD<sup>58</sup>. No entanto, de acordo com o *supra* esclarecido as disposições que

---

57. Em Portugal foi aprovada a Lei n.º 21/2014 de 16 de abril, que regula a investigação clínica, e que nos termos do seu artigo 56.º entrará em vigor no prazo de sessenta dias após a sua publicação, ou seja, dia 16 de junho de 2014.

58. O *supra* citado Projeto de Lei do PS previa então que: “Podem constar do testamento vital as disposições que expressem a vontade do outorgante de não receber informação sobre o seu estado de saúde, salvo em caso de perigo para a saúde ou a vida de terceiros ou para a saúde pública.”. O acima mencionado Projeto de Lei do PPD/PSD, por sua vez, previa:

contendam com o direito a não saber poderão ser inseridas nos documentos de DAV's, devendo atender-se à ressalva do Projeto de Lei do PS "... *salvo em caso de perigo para a saúde ou a vida de terceiros ou para a saúde pública.*".

Contudo, as DAV's encontram-se sujeitas aos seguintes limites:

- a) Não podem ser contrárias à lei, à ordem pública<sup>59</sup> ou às *leges artis*;
- b) O seu cumprimento não pode provocar deliberadamente a morte não natural e evitável, tal como prevista nos artigos 134.º e 135.º do CP (referindo-se, respetivamente, à proibição do homicídio a pedido da vítima e do incitamento ou ajuda ao suicídio);
- c) O outorgante tem que ter expressado de forma clara e inequívoca a sua vontade.

Toda a pessoa (desde que cumpra os requisitos legais exigidos) deve poder decidir se consente ou não determinados tratamentos médicos que poderá vir a necessitar num momento futuro, pois essa manifestação de vontade não se mostra contrária à ordem pública. Por "ordem pública", uma noção de si difícil – ou não fosse ele um conceito indeterminado – parece dever entender-se o conjunto dos princípios fundamentais subjacentes ao sistema jurídico que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e que tem uma acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas<sup>60</sup> e pelo que são inderrogáveis pela vontade dos indivíduos<sup>61</sup>.

Neste sentido, a elaboração de uma DAV não deverá ser vista como contrariando a ordem pública, pois acreditamos que está na disponibilidade de cada um, a possibilidade de aceitar ou negar atos que objetivamente violem certos aspetos/direitos de que são titulares. Relativamente à questão de estarmos perante direitos supostamente indisponíveis, no que respeita à elaboração da DAV, estamos diante um dos casos que deverá ser reconhecido como cabendo nas situações em que os seus titulares podem limitar o exercício de algum desses direitos. Entendemos

---

*"Podem ainda constar do documento de directivas antecipadas de vontade disposições que expressem a vontade do outorgante de não receber informação sobre o seu estado de saúde em caso de prognóstico fatal."*

59. O n.º 1 do artigo 81.º do CC estabelece uma cláusula geral referindo que "*Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública.*". Esta norma jurídica constitui uma clara manifestação do n.º 2 do artigo 280.º do referido diploma legal, segundo o qual é nulo o negócio contrário à ordem pública, *vide* JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral, Introdução, as pessoas, os bens*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 93. Surge então como recorte da própria noção de objeto negocial possível aberto no campo da autonomia privada, mas ainda assim, diga-se que esta matéria não é isenta de polémica porquanto constituindo a ordem pública um limite, poderá ser também fundamento para a disponibilidade de determinado direito fundamental, segundo o entendimento de LUÍSA NETO – em LUÍSA NETO, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo*, p. 475.

60. CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 557 e 558.

61. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 3.ª ed., 1992, p. 254.

que não se está perante uma situação em que se reduz a pessoa à condição de objeto ou de não-pessoa – nesses casos o bem jurídico deve ser considerado indisponível<sup>62</sup> –, mas é precisamente contra essa coisificação da pessoa que concordamos e defendemos a possibilidade de se delegar direitos fundamentais através da figura do procurador de cuidados de saúde. Diferentemente de CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE considera válida a renúncia à integridade física para operação de estética, mesmo que o risco seja elevado e os eventuais resultados escassos. Este autor refere que será nulo, por exemplo, o consentimento (negocial) na lesão do bem “vida”, mas o consentimento para intervenções médicas (e dissentimento, acrescentamos) já constitui renúncia lícita ao direito à integridade física<sup>63</sup>. Entende que os próprios bens da vida e da integridade pessoal podem ser sacrificados, total ou parcialmente, em determinadas situações<sup>64</sup>.

Alertamos para o perigo que a última situação prevista na redação deste artigo pode acarretar, porquanto – apesar de se ter em vista assegurar a certeza e a segurança jurídica – permitirá, com facilidade, que possam ocorrer juízos subjetivos e que automaticamente resultem no incumprimento de uma DAV. Para eventuais situações de incerteza ou de reduzida clareza na vontade manifestada pelo outorgante da DAV deverá intervir o procurador de cuidados de saúde (quando exista), ajudando a desvendar, a interpretar a vontade que se pretendeu deixar escrita ou, caso isso não seja possível, auxiliando a decidir conforme o que julgar ser a vontade deste.

Também não se compreende a forma como se encontra redigido o artigo 5.º da LDAV que prevê para todas as situações *supra* indicadas, a cominação da inexistência jurídica – prevista em diversos projetos de lei<sup>65</sup> – tendo como resultado a não produção de qualquer efeito. No nosso entendimento seria melhor dizer-se que nas condições indicadas as DAV’s não serão obrigatoriamente respeitadas, apesar de defendermos que deviam ser (pelo menos) tidas em consideração.

Mais, este documento não será ainda respeitado quando:

- a) Se comprove que o outorgante não desejaria mantê-las;
- b) Se verifique evidente desatualização da vontade manifestada em virtude do progresso dos meios terapêuticos;
- c) Não correspondam às circunstâncias de facto previstas pelo outorgante no momento da sua assinatura.

---

62. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos*, p. 256.

63. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos*, p. 256.

64. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos*, p. 300.

65. Quando nos documentos de DAV’s não se tivesse expressado clara e inequivocamente as intenções do seu autor, o último Projeto de Lei do grupo parlamentar do PPD/PSD, em vez da inexistência jurídica previa assim: “São nulos o testamento de paciente e a procuração de cuidados de saúde em que os outorgantes não tenham expressado, clara e inequivocamente, a sua vontade.”.

Relativamente à situação indicada na primeira alínea, salientamos que deve ter tido como base o disposto no n.º 2 do artigo 7.º do Projeto de Lei n.º 62/XII/1.<sup>a</sup> do PS que previa: “[a] *directiva antecipada de vontade não é ainda respeitada quando seja manifestamente presumível que o cidadão não a desejaria manter ...*”.

Nas recomendações da CNPD surgiram algumas críticas, tais como a disposição ser contrária ao espírito da lei, dado que está em causa a manifestação antecipada de uma vontade consciente e se determina o prazo de eficácia de cinco anos<sup>66</sup> para as DAV's, realçando-se que caso o outorgante se torne incapaz durante este período manter-se-á válida<sup>67</sup>. Com efeito, na LDAV não bastará que um terceiro presuma, mas será antes necessário comprovar que efetivamente o outorgante não deseja manter a diretiva que redigiu.

Quanto à segunda situação mencionada, estamos inteiramente de acordo com a sua previsão – com o seu sentido e alcance –, não nos levando a suscitar quaisquer comentários de relevo.

No que respeita à terceira e última situação, afigura-se pertinente apontar a importância de uma correta elaboração do documento da DAV e alertar para os eventuais perigos de uma redação demasiado descritiva e pormenorizada, uma vez que a situação futura (não cabendo nas circunstâncias previstas pelo outorgante) conduz a que o médico não respeite o documento em causa, de acordo com o princípio 7.4 da Recomendação 1418 (1999) sobre *Protection of the human rights and dignity of the terminally ill and the dying*.

Assim, quando ocorrer qualquer um dos factos *supra* mencionados, o responsável pelos cuidados de saúde registará no processo clínico, dando conhecimento dos mesmos ao procurador de cuidados de saúde e/ou ao RENTEV. Também a decisão de iniciar, não iniciar ou de interromper a prestação de um cuidado de saúde fundada no documento de DAV deverá ser inscrita no processo clínico do outorgante.

Para além das situações analisadas, no caso de urgência, a equipa médica responsável não tem o dever de ter em consideração as DAV's, se a tentativa em aceder às mesmas puder implicar uma demora que agrave, de forma previsível, os riscos para a vida ou a saúde do outorgante<sup>68</sup>. Prevê-se, desta forma, uma

---

66. O Projeto de Lei inicial apresentado pela Associação Portuguesa de Bioética e os últimos Projetos de Lei dos grupos parlamentares do PSD e do CDS-PP previam um prazo de eficácia menor, de três anos. Cfr. o Parecer da CNPD, que contraria o prazo de eficácia definido para o testamento vital, cinco anos a contar da assinatura (sucessivamente renovável), até porque o mesmo projeto define que, se a incapacidade ocorrer dentro do prazo, as diretivas mantêm-se.

67. Pode aqui surgir um problema, o facto de a pessoa ter, entretanto, ficado incapacitada para proceder à renovação. Nesse caso, por prudência, algum familiar ou o procurador de cuidados de saúde, se existir, deveria comunicar formalmente esse acontecimento e enviar para os serviços respetivos uma declaração médica a informar da alteração do estado de saúde da pessoa, uma vez que de outro modo há a possibilidade que lhe caduquem a DAV, como lembra LAURA FERREIRA DOS SANTOS, *Testamento Vital*, p. 88.

68. De acordo com o artigo 8.º da CDHB e com a alínea a), do n.º 2 do artigo 156.º do CP, referente a intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários que estabelece: “*O facto*

exceção à consulta do RENTEV por parte do médico responsável pela prestação de cuidados de saúde a pessoa incapaz de expressar livre e autonomamente a sua vontade – pesquisa essa que tem como objetivo assegurar a existência ou inexistência de uma DAV.

## 2.2. A eficácia das DAV's

Esta constituiu uma questão fraturante, o que se verifica através da análise dos projetos de lei que resultaram na LDAV. O n.º 2 do artigo 7.º do Projeto de Lei n.º 21/XII/1.<sup>a</sup> do BE atribuía ao testamento vital eficácia vinculativa pois: “[o] médico responsável e os restantes membros da equipa que prestam cuidados de saúde ao outorgante do Testamento Vital respeitam integralmente as instruções neles contidas, dentro dos limites estabelecidos na presente lei ...”. Em relação ao procurador de cuidados de saúde, o n.º 1 do artigo 13.º do mesmo Projeto de Lei referia que as suas decisões (ou as do seu substituto) – tidas dentro dos limites representativos que lhe competem – são vinculativas para o médico responsável e para os restantes membros da equipa que presta cuidados de saúde ao outorgante. Acrescentando o n.º 2 do artigo indicado que as decisões tomadas pelo procurador (ou seu substituto) sobre matérias contidas no testamento vital prevalecem sobre quaisquer outras, salvo as do outorgante.

Quanto ao Projeto de Lei n.º 62/XII/1.<sup>a</sup> do PS previa no seu artigo 6.º em epígrafe “[t]estamento vital vinculativo”, atribuindo o efeito vinculativo ao documento de testamento vital, desde que se encontrassem preenchidos os seguintes requisitos: a) o testamento vital constar de documento escrito, lavrado em condições de esclarecimento e liberdade, e a assinatura ter sido reconhecida presencialmente perante um notário ou um funcionário do Registo Nacional da Diretiva Antecipada de Vontade (doravante “RENDAV”); b) o outorgante ter apresentado ao notário ou ao funcionário do RENDAV um documento assinado pelo médico responsável pelo esclarecimento, onde se ateste que o outorgante foi cabalmente esclarecido sobre as opções e implicações das diretivas que a pessoa desejou manifestar, salvo se o outorgante expressamente declarou que rejeita o referido esclarecimento; c) o testamento vital deve ter sido lavrado ou alterado há menos de cinco anos e deve identificar com rigor e precisão o tratamento ou intervenção que deseja recusar. Relativamente ao procurador de cuidados de saúde, dispunha o n.º 1 do artigo 9.º do mesmo projeto que as decisões tomadas por esse representante (ou seu substituto) são vinculativas, nos limites dos poderes representativos que lhe competem e se o respetivo documento de nomeação cumprir os requisitos previstos.

Por sua vez, o n.º 8 do artigo 8.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.<sup>a</sup> do PPD/PSD referia que a eficácia da DAV dependeria, nomeadamente, da participação de um médico no esclarecimento cabal do outorgante sobre o alcance da decisão de elaborar um “testamento de paciente” ou de designar um procurador de cuidados de saúde. Quanto a este último, em concreto, cuidava o artigo 16.º deste

---

*não é punível quando o consentimento: a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde...”.*

Projeto de Lei ao referir que as suas decisões, tomadas nos limites dos poderes representativos que lhe competem, “...*devem ser tidas em consideração...*” pelo médico responsável e pelos restantes membros da equipa que presta cuidados de saúde ao outorgante, dentro dos limites fixados “...*na presente lei...*” e “...*atendendo-se, ainda, para aquele efeito, ao facto de o procurador ser ou não familiar do outorgante.*”. Ora, esta última referência é facilmente entendida se considerarmos a preferência (prevista no n.º 2 do artigo 15.º do referido Projeto de Lei) pela designação de um familiar do outorgante para ser constituído seu procurador. A comprovar a eficácia meramente indicativa/indiciária existe o n.º 2 do *supra* indicado artigo 16.º do mesmo projecto, porquanto estabelece que o parecer do procurador de cuidados de saúde sobre matéria contida no documento de DAV, “...*prevalece sobre qualquer outro parecer não médico salvo o do outorgante ...*”.

Por último, o Projeto de Lei n.º 64/XII/1.<sup>a</sup> do CDS-PP prescrevia no n.º 3 do seu artigo 9.º que se for registado um testamento vital ou uma procuração de cuidados de saúde, ou se lhe for entregue pelo outorgante ou pelo procurador de cuidados de saúde, o médico responsável e os restantes membros da equipa que lhe prestam cuidados de saúde “...*devem respeitar...*” o seu conteúdo dentro dos limites estabelecidos naquele diploma. Em especial sobre o procurador de cuidados de saúde, encontramos o seu artigo 14.º que, no n.º 1 afirmava “...*são vinculativas...*” para a equipa que preste cuidados de saúde ao outorgante, dentro dos limites do diploma em apreço, as decisões tomadas pelo procurador que lhe forem confiadas pelo outorgante. O n.º 2 do mesmo artigo acrescentava que o seu parecer obedece a limites, nomeadamente ao previsto no n.º 4 do artigo 9.º, ou seja, em caso de conflito entre as disposições formuladas no testamento vital e a vontade do procurador de cuidados de saúde ou a de outros representantes legais do outorgante prevalece a vontade expressa do outorgante naquele documento, mas prevalece a vontade do procurador de cuidados de saúde sobre qualquer outro parecer que não provenha dos profissionais de cuidados de saúde.

Em relação ao derradeiro valor que no ordenamento jurídico português é atribuído às DAV's, desde que obedeçam aos requisitos exigidos pela LDAV, “...*serão respeitadas...*”. É-lhes, portanto, reconhecido efeito vinculativo, com base no disposto no n.º 1 do artigo 6.º e no n.º 1 do artigo 13.º, ambos da LDAV<sup>69</sup>.

---

69. Para André Pereira, deveria antes vigorar no nosso país um sistema dualista – indicativas e vinculativas –, à semelhança do que rege na Áustria e ao que é defendido no n.º 1 do princípio 15.º do apêndice à Recomendação CM/REC (2009) 11 do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre Continuing Powers of Attorney and Advance Directives for Incapacity. As DAV's indicativas estariam sujeitas a requisitos formais, procedimentais e substanciais menos rigorosos, ao passo que as DAV's vinculativas teriam que passar pelo crivo apertado no plano formal e procedimental, em ANDRÉ PEREIRA, *Declarações Antecipadas de Vontade*, p. 56.

### 3. DA FIGURA DO PROCURADOR DE CUIDADOS DE SAÚDE EM ESPECIAL

O presente artigo tem como tema central a figura do Procurador de Cuidados de Saúde, pelo que reservamos parte do mesmo para agora nos determos quer sobre a sua nomeação propriamente dita, quer sobre os vários poderes que lhe podem ser atribuídos pelo outorgante de uma DAV.

#### 3.1. A nomeação do Procurador de Cuidados de Saúde

No que respeita à nomeação de um procurador de cuidados de saúde, a formulação do artigo 11.º da LDAV não nos parece ser a mais adequada, porquanto o seu n.º 1 prevê que “[q]ualquer pessoa pode nomear ...” e o seu n.º 2 refere “[s]ó podem nomear e ser nomeadas procurador de cuidados de saúde as pessoas que preenchem os requisitos do artigo 4.º ...” que se referem à capacidade exigida para redigir um documento de DAV. Ora, de acordo com o Parecer n.º 59/CNECV/2010, qualquer pessoa maior de idade e na posse das suas capacidades e direitos pode ser constituída procurador de cuidados de saúde. Na verdade, por norma o representante não necessita de ter plena capacidade legal, mas nos termos do artigo 263.º do CC carece da capacidade natural de entender e querer, exigida pela natureza do negócio que haja de efetuar<sup>70</sup>.

Mas mais, podemos constatar na LDAV que, para além das restrições mencionadas, não podem ser nomeados procuradores de cuidados de saúde, segundo o disposto no n.º 3 do artigo 4.º:

- 1) Funcionários do Registo e os do cartório notarial que intervenham nos atos regulados pela lei em análise;
- 2) Proprietários e gestores de entidades que administram ou prestam cuidados de saúde.

Ora, do segundo impedimento, excetuam-se as pessoas que tenham uma relação familiar<sup>71</sup> com o outorgante, nos termos do n.º 4 do artigo *supra* indicado. Estas restrições visam assegurar que as preferências e os valores do representado tenham mais hipóteses de serem efetivamente respeitados. A família<sup>72</sup> ocupa um lugar de grande relevo na prestação de cuidados de saúde, sendo sobre ela que muitas vezes recai o encargo de tratar o doente, o que tem até relevância

70. CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 543.

71. Mencionámos que a LDAV não inclui as “definições” que encontrávamos no início dos projetos de lei. Convém referir que o Projeto de Lei do PPD/PSD definia então o que se deveria considerar por “familiar” sendo “... a pessoa ou pessoas designadas pelo doente ou, em caso de menores ou pessoas sem capacidade de decisão, pelo seu representante legal, com quem o doente tem uma relação próxima, podendo ter ou não laços de parentesco com este;”. Não é fácil definir esta entidade social e jurídica, numa época de grandes transformações do direito da família, alertando-nos para esse facto André Pereira em ANDRÉ PEREIRA, *O consentimento informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004 p. 210.

72. Veja-se o n.º 3 do artigo 16.º da DUDH que prevê “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado.”.

jurídica<sup>73</sup>. Todavia, pese embora o papel de relevo que recai sobre a família, entendemos que este não deverá ser reforçado em detrimento da autonomia da pessoa.

Sem prejuízo da opção assumida na LDAV, consideramos que o potencial procurador de cuidados de saúde, sendo proprietário ou gestor da entidade que administra ou presta cuidados de saúde ao outorgante não deverá ser impedido de o ser, mas uma vez que podem surgir conflitos de interesses<sup>74</sup> – familiares e económicos – que poderiam “contaminar” ou “anestesiá-lo” a isenção e imparcialidade do procurador no cumprimento da vontade do outorgante, deveria existir uma supervisão de um terceiro, que poderia ter sido nomeado pelo outorgante ou, em alternativa, seria nomeada uma autoridade competente, nos termos do recomendado pelo princípio 12.º do apêndice à citada Recomendação CM/REC (2009) 11.

Ora, o n.º 2 do artigo 12.º do Projeto de Lei n.º 21/XII/1.ª do BE previa um outro caso que impossibilitava a nomeação de procurador de cuidados de saúde aos “...*profissionais de saúde...*”, exceção essa que se encontrava inserida na alínea b) do citado preceito. Porém, note-se que – contrariamente à LDAV – este Projeto de Lei do BE não incluía na lista de restrições os funcionários “...*do cartório notarial que intervenham nos atos regulados pela lei em análise...*”. Por seu turno, o n.º 2 do artigo 15.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD previa um elenco que impossibilitava também de serem designados procuradores de cuidados de saúde: o notário em cuja presença é assinado o documento de DAV, as testemunhas perante as quais se formaliza o documento de DAV e as pessoas que exercem atividade profissional no estabelecimento de saúde onde serão aplicadas as DAV’s. O n.º 2 do artigo 13.º do Projeto de Lei n.º 64/XII/1.ª do CDS-PP previa um elenco semelhante ao acima indicado, mas contrariamente àquele Projeto do PPD/PSD, não incluía as testemunhas perante as quais se formalizou o documento de DAV e quanto aos profissionais de saúde é menos abrangente, pois na sua alínea c) estabelecia que não poderiam ser designados procuradores de cuidados de saúde os profissionais de saúde quando integrem a equipa de cuidados de saúde responsáveis pela aplicação do plano terapêutico do outorgante. Assim, esta restrição tem um alcance menor do que a *supra* referida, pois para aquela basta estar-se perante uma pessoa (não apenas profissionais de saúde) e que exerça a sua atividade profissional no estabelecimento de saúde onde será aplicada ao outorgante sua DAV. Portanto, não se exige que caso seja profissional de saúde integre a equipa de cuidados de saúde em concreto que aplicará a DAV. O Projeto de Lei n.º 62/XII/1.ª do PS não previa qualquer elenco de restrições, apenas referindo no n.º 2 do seu artigo 8.º que poderá ser procurador de cuidados de saúde a pessoa maior e com plena capacidade de

---

73. Confirme-se no CC o artigo 1672.º e n.º 1 do artigo 1674.º: “*O dever de cooperação importa para os cônjuges o dever de socorro e auxílio mútuos...*”; e o n.º 1 do artigo 1874.º: “*Pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência.*”, vide ANDRÉ PEREIRA, *O consentimento informado*, pp. 207 e 208.

74. seguinte previsão: “*As decisões do procurador de cuidados de saúde não são respeitadas quando se demonstre fundamentadamente que existe um conflito de interesses entre o procurador e o outorgante.*”.

exercício de direitos<sup>75</sup>.

Destarte, prevê-se que o outorgante inicialmente possa (e deva por motivos de prudência) designar um ou vários substitutos do procurador de cuidados de saúde nomeado. A este propósito, verifique-se que a LDAV nada refere sobre a possibilidade de serem nomeados vários procuradores em vez de somente um, prevendo apenas o n.º 5 do seu artigo 11.º a possibilidade de nomear um segundo procurador “...para o caso de impedimento do indicado.” Ora, parece-nos que a nomeação de vários procuradores deve ser permitida e quando assim se fizer, deverá sempre assinalar-se se os procuradores de cuidados de saúde nomeados decidem em conjunto (exigindo-se que seja prevista uma maioria a definir no documento de DAV) ou sucedaneamente (um será o principal e outro o secundário)<sup>76</sup>. De qualquer modo, quantas mais pessoas puderem pronunciar-se legalmente acerca de decisões a tomar, mais a conflitualidade poderá aumentar, por isso consideramos não ser recomendável nomear vários procuradores (substitutos ou principais)<sup>77</sup>.

Pese embora nada conste na LDAV, sendo o procurador de cuidados de saúde o cônjuge do outorgante, em caso de divórcio essa nomeação deveria ser automaticamente tornada ineficaz, a não ser que se preveja expressamente o seu inverso<sup>78</sup>. E outra hipótese em que a revogação automática deveria operar – e não está também prevista – é o caso do outorgante apresentar queixa criminal contra o procurador de cuidados de saúde.

Mas mais, o documento de testamento vital é livremente revogável pelo seu autor (n.º 1 do artigo 2.º da LDAV), o que também acontece com o documento de nomeação de procurador de cuidados de saúde (n.º 1 do artigo 14.º da LDAV), tendo a procuração a particularidade de se poder extinguir por renúncia do procurador de cuidados de saúde, que deverá informar por escrito o seu outorgante (n.º 2 do artigo *supra* referido).

---

75. A propósito destes requisitos para nomear um procurador de cuidados de saúde, o n.º 1 do artigo 15.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD referia que essa designação deverá ser efetuada “preferencialmente” de entre familiares do outorgante.

76. Conforme previa o n.º 4 do artigo 16.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD e o n.º 4 do artigo 8.º do Projeto de Lei n.º 62/XII/1.ª do PS, afirmando este último que: “*Se, no documento de directivas antecipadas de vontade, forem designados vários procuradores de cuidados de saúde, deve ser indicado se estes exercem os seus poderes de representação de forma simultânea ou sucessiva.*”.

77. LAURA FERREIRA DOS SANTOS, *Testamento Vital*, p. 65.

78. É dito no n.º 3 do artigo 19.º do Projeto de Diploma n.º P/06/APB/09 que “*Se tiver sido nomeado procurador de cuidados de saúde o cônjuge ou pessoa com quem o outorgante vive em união de facto, a procuração extingue-se com a dissolução do casamento ou da união de facto, salvo declaração em contrário do outorgante.*” e também nos Projetos de Lei que resultaram na LDAV (n.º 6 do artigo 14.º do Projeto de Lei n.º 21/XII/1.ª do BE, n.º 3 do artigo 17.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD e n.º 3 do artigo 15.º do Projeto de Lei n.º 64/XII/1.ª do CDS-PP), à exceção do Projeto de Lei n.º 62/XII/1.ª do PS. Veja-se a tese perfilhada por Laura Ferreira dos Santos que propõe que a extinção deve dar-se com a instauração da ação de divórcio, salvo declaração em contrário do outorgante, em LAURA FERREIRA DOS SANTOS, *Testamento Vital*, p. 68.

### 3.2. Os poderes do Procurador de Cuidados de Saúde

No que concerne aos poderes do procurador de cuidados de saúde, afirme-se que poderá ser atribuído o poder de solicitar ao RENTEV a consulta e/ou a entrega de cópia do documento de DAV do outorgante, o que poderá acontecer a qualquer momento, de acordo com o estabelecido no n.º 3 do artigo 17.º da LDAV.

Outro papel que o procurador poderá desempenhar é o de interpretar o documento de DAV onde se procedeu à sua nomeação e, além desse, interpretar o documento do testamento vital (caso tenha sido redigido).

Nos termos do n.º 1 do artigo 11.º da LDAV, quando o outorgante tiver nomeado um procurador de cuidados de saúde é possível ter manifestado que, caso se encontre incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente, recaia sobre a segunda personagem o poder de decidir se aceita ou recusa determinado ato ou tratamento médico que o outorgante venha a necessitar. Só então nestas condições poderá decidir<sup>79</sup>.

Conforme mencionado *supra* poderá o procurador de cuidados de saúde ficar responsável por enviar aos serviços respetivos uma declaração médica a informar da alteração do estado de saúde do outorgante, impedindo a caducidade da DAV<sup>80</sup>.

Importa ainda sublinhar que em caso de conflito entre as disposições formuladas no documento do testamento vital e a vontade do procurador de cuidados de saúde prevalece a vontade do outorgante (expressa naquele documento), segundo o disposto no n.º 2 do artigo 13.º da LDAV<sup>81</sup>. Ora, os autores que defendem a superioridade do testamento vital face à possibilidade da nomeação do procurador de cuidados de saúde, têm em consideração o facto deste último ter sido firmado pelo próprio interessado e por esse motivo afirmam ser mais fiéis à vontade manifestada por este. Todavia, entendemos que o outorgante, ao depositar livre e espontaneamente a sua confiança numa determinada pessoa, está também aí a manifestar uma vontade que não deve ser desrespeitada ou sofrer maiores desconfianças. Portanto, discordamos de tal primazia, pois entendemos que a vontade do procurador de cuidados de saúde tem uma vantagem evidente de que o testamento vital não comunga, o facto de ser (mais) atual<sup>82</sup>. De facto, e

---

79. Este poder tem de ter sido (expressamente) concedido ao procurador, *vide* LAURA FERREIRA DOS SANTOS, *Testamento Vital*, p. 64.

80. Neste sentido veja-se LAURA FERREIRA DOS SANTOS, *Testamento Vital*, p. 88.

81. A LDAV prevê no n.º 2 do seu artigo 13.º a redação seguinte: “*Em caso de conflito entre as disposições formuladas no documento de Diretivas Antecipadas de Vontade e a vontade do procurador de cuidados de saúde, prevalece a vontade do outorgante expressa naquele documento.*”, o que no nosso entendimento parece denotar uma certa confusão dos termos que utiliza.

82. No Sistema Nacional de Saúde, os doentes inscritos para cirurgia nas listas de espera oficiais prestam consentimento muitos meses antes de a cirurgia ser efetivamente realizada. Assim, ainda que o consentimento devesse ser reforçado imediatamente antes da operação cirúrgica, tal não acontece frequentemente, pelo que o consentimento obtido produz efeitos de modo diferido no tempo e não no momento atual da sua obtenção, *vide* RUI NUNES, Estudo n.º E/17/APB/10 – Testamento Vital, p. 5.

apesar de todas as cautelas havidas na elaboração de um documento escrito, não raras vezes a vontade declarada não corresponde à desejada. Assim, existindo um procurador de cuidados de saúde, por iniciativa do outorgante, seria melhor prevalecer a opinião deste. No nosso entendimento, a solução mais desejável seria conceder ao autor da DAV o poder de decidir (em caso de conflito) a que entidade dá primazia, só se este não o fizer é que entendemos que deveria prevalecer a vontade do procurador de cuidados de saúde.

Na procuração de cuidados de saúde, o outorgante pode indicar a(s) pessoa(s) a que o procurador de cuidados de saúde deverá consultar antes de tomar uma decisão<sup>83</sup>, assim como rejeitar a(s) pessoa(s) que não quer, em caso algum, que o representem<sup>84</sup>.

Deve ainda ser permitido incluir-se o poder de facultar (ou não) o acesso ou revelação de dados de saúde, que são dados sensíveis e o poder de internar o representado, decidindo também sobre a escolha da residência<sup>85</sup>.

Por fim, assumimos que a efetividade deste instituto dependerá do paciente e o procurador de cuidados de saúde terem previamente conversado sobre as opiniões do primeiro relativamente aos seus valores e às opções que tomaria numa determinada situação se tivesse capaz<sup>86</sup>.

É fundamental que a pessoa escolhida para ser procurador de cuidados de saúde seja suficientemente assertiva para exigir o cumprimento da vontade do outorgante e reconheça que irá falar em defesa dos valores deste, sabendo que irá decidir, atendendo não à sua própria perspectiva, mas ao que o outorgante consideraria melhor para si. Quem não é capaz de fazer esta separação não deverá ser nomeado procurador, nem tão-pouco aceitar tal tarefa<sup>87</sup>.

Assim, o padrão ou os critérios pelos quais se pode reger um procurador de cuidados de saúde, para decidir pela pessoa incapaz, podem ser diferentes dos que orientam um tutor, o Tribunal, o Ministério Público, ou o médico. Na verdade, foi fortemente discutido se o padrão que deve pautar a conduta do procurador de cuidados de saúde deve ser o dos “melhores desejos” (*best wishes*) ou o do “melhor interesse” (*best interest*)<sup>88</sup>.

Entendemos que o procurador de cuidados de saúde deve estar vinculado ao que o representado determinou antecipadamente, tendo aliás definido quais os poderes a serem atribuídos ao procurador de cuidados de saúde. Terá sempre que decidir, em princípio, com base no primeiro padrão indicado, também designado por “julgamento substitutivo” e só quando tal não for possível (por

---

83. No mesmo sentido veja-se LAURA FERREIRA DOS SANTOS, *Testamento Vital*, pp. 36 e 37.

84. Na esteira de LAURA FERREIRA DOS SANTOS, *Testamento Vital*, p. 142.

85. PAULA TÁVORA VÍTOR, Procurador para cuidados de saúde: importância de um novo decisor, *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 1 Janeiro/Junho, 2004, p. 131.

86. Veja-se ANDRÉ PEREIRA, *O consentimento informado*, p. 241.

87. Entendimento perfilhado por LAURA FERREIRA DOS SANTOS, *Testamento Vital*, p. 66.

88. PAULA TÁVORA VÍTOR, Procurador para cuidados de saúde, p. 128.

se desconhecer o quadro de valores do outorgante) deverá imperar a doutrina do “melhor interesse”<sup>89</sup>.

Apelamos que não se esqueça que ter deixado apenas uma declaração de desejos e instruções é diferente de se ter (também) deixado uma voz viva que defende as nossas opções perante seja quem for <sup>90</sup>.

### **RECONHECIMENTO DA AUTODETERMINAÇÃO PREVENTIVA E/ OU EXERCÍCIO DELEGADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?**

Partimos do pressuposto claro de que, em prol do respeito pelo exercício da autonomia e do reconhecimento da autodeterminação, a qualquer pessoa deverá ser possível manifestar o seu consentimento (ou dissentimento), preventiva e prospetivamente, desde que cumpra os requisitos legalmente exigidos. Através de uma séria e rigorosa elaboração dos documentos de DAV's – sejam eles testamentos vitais e/ou procuradores de cuidados de saúde – estabelecem-se instruções, disposições ou (pelo menos) orientações a seguir ou a considerar num momento ulterior e meramente eventual. Com efeito, caso se verifique que aquele concreto paciente manifestou de modo antecipado a sua vontade, será certamente maior a probabilidade do profissional de saúde decidir conforme os desígnios desse paciente. Contudo, note-se que esta vontade deverá ser manifestada de forma livre, informada e esclarecida, sob pena de invalidade.

Relativamente à problemática da prevalência entre os desígnios do paciente – que, note-se, podem ser tão-só manifestados com o ato da nomeação do procurador – e a vontade expressa pelo procurador, perante tal conflito, e contrariamente ao disposto na LDAV, perfilhámos o entendimento de que deveria ser o próprio representado a decidir se a prevalência deve ser concedida ao procurador de cuidados de saúde ou, em alternativa, reservar-se ao direito de prevalecer a sua vontade expressa por meio do testamento vital. Na ausência de tal decisão, propugnámos a existência de um regime supletivo que conferisse ao procurador o poder de interpretar a vontade presumida do outorgante, manifestando assim a sua vontade com base na teoria dos “melhores desejos” do paciente. De facto, compreende-se quão importante é a relação de confiança que deve mediar entre representante e representado.

Toda a pessoa, em nome do seu direito ao livre desenvolvimento de personalidade, deve poder autodeterminar os seus comportamentos e conduzir o seu projeto de vida<sup>91</sup>.

Entendemos que a elaboração de uma DAV que respeite todos os requisitos impostos deve ser considerada como sendo um mecanismo que dinamiza e potencia os direitos fundamentais envolvidos.

Aliás, por tudo o que ficou descrito, a relutância em negar a possibilidade de se proceder à nomeação de um procurador de cuidados de saúde é que se afiguraria

---

89. Neste sentido veja-se RUI NUNES / HELENA PEREIRA DE MELO, *Testamento Vital*, p. 132.

90. LAURA FERREIRA DOS SANTOS, *Testamento Vital*, p. 37.

91. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos*, pp. 255 e 256.

como um forte retrocesso civilizacional, uma vez que ao admitir-se esta figura se estará a cultivar o respeito da autonomia que conduz, inevitavelmente, a uma crescente responsabilização nas escolhas tomadas por cada pessoa.

Tem sido pacificamente defendido, que uma pessoa tem o direito de recusar um certo ato ou tratamento médico, podendo mesmo – com essa sua escolha – colocar a sua vida em risco. Ora, parece-nos insustentável que esse direito de recusar cuidados de saúde seja consensualmente admitido e o direito de manifestar essa vontade para o futuro não haja de ser legalmente aceite (sublinhe-se que não estamos perante uma imposição/dever, porquanto ninguém é obrigado a redigir uma DAV).

Existiu um largo consenso quanto à necessidade de regulamentar estes documentos de DAV's, em defesa do reconhecimento da autodeterminação preventiva. E a comprová-lo temos os projetos de lei que, na sua grande maioria, estão em sintonia e o facto da LDAV ter sido aprovada por unanimidade na votação final global.

Seria inconcebível, face à nossa realidade social e ao princípio da igualdade, que existam normas como a alínea b) do artigo 143.º do CC onde se consagra a possibilidade dos pais ou do progenitor que exerça o poder paternal/responsabilidades parentais da pessoa a incapacitar designarem o futuro representante desta, ainda que formalmente seja o tribunal a nomear, a partir do elenco legal, o representante do incapaz, e uma recusa categórica deste tipo de escolha por parte do próprio representado<sup>92</sup>.

Apreciando em que medida o instituto do procurador de cuidados de saúde representa um avanço no nosso ordenamento jurídico, aponte-se que este pode a qualquer momento solicitar ao registo nacional próprio para o efeito a consulta e/ou a entrega de cópia do documento de DAV; pode interpretar a procuração pelo qual foi nomeado e o documento de testamento vital, se o houver; pode decidir se aceita ou recusa certo tratamento médico que o outorgante venha a necessitar, evitando incertezas em relação a quem detém o poder legal para o fazer; pode ficar responsável por impedir a caducidade da DAV, enviando declaração médica a informar da alteração do estado de saúde do outorgante aos respetivos serviços; pode facultar (ou não) o acesso ou revelação de dados de saúde e pode ainda decidir sobre a escolha da residência do outorgante.

Em síntese, faz-se respeitar o desejo de conferir legalmente poderes a alguém, para que possa agir em vez da pessoa, na altura em que por alguma razão esta se encontrar incapacitada<sup>93</sup>. Assim, tanto para o profissional de saúde ou equipa de profissionais de saúde, como para familiares e amigos, o processo de decisão – delicada e dolorosa operação – mostrar-se-á menos difícil..

\*\*\*

---

92. PAULA TÁVORA VÍTOR, *Procurador para cuidados de saúde*, p. 124.

93. PAULA TÁVORA VÍTOR, *Procurador para cuidados de saúde*, p. 128.