

*A presente dissertação não se rege pelas normas que regulam o Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.*

## **AGRADECIMENTOS**

*Um muito obrigado*

*Aos meus pais, avós e irmã, pelo inesgotável amor*

*Aos que se fazem sempre presentes, Teresa, Miguel e Rafael*

*Ao Sr. Professor Doutor André Dias Pereira, pelos conselhos, disponibilidade e prontidão.*

## **SIGLAS E ABREVIATURAS**

Al. – Alínea

Art. – Artigo

N.º – Número

P. – Página

PP. – Páginas

Vol. – Volume

Cfr. – Confrontar

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

CP – Código Penal

CEDHBio – Convenção do Direitos do Homem e Biomedicina

RENTEV – Registo Nacional do Testamento Vital

DAV – Directivas Antecipadas de Vontade

PCS – Procurador de Cuidados de Saúde

## ÍNDICE

Introdução	7
I) Generalidades	9
II) Personalidade e Capacidade	12
III) Capacidade para consentir	15
IV) Incapacidades (de exercício)	20
1) Interdição	21
a) Suprimento da incapacidade dos interditos	27
b) Providências provisórias	29
c) Administração de bens	31
d) Valor dos actos praticados pelo interdito	31
i) Actos praticados após o registo da sentença de interdição definitiva	32
ii) Actos praticados no decurso da acção	33
iii) Anteriormente à publicidade da acção	34
e) Levantamento da interdição	35
2) Inabilitação	35
a) Efeitos da inabilitação na capacidade de gozo	38
b) Efeitos da inabilitação na capacidade de exercício	38
c) Suprimento da incapacidade do inabilitado	39
d) Valor dos actos praticados pelo inabilitado	40
e) Levantamento da inabilitação	41
V) Alternativas à interdição e à inabilitação nos Sistemas Jurídicos Europeus	41
VI) Conclusão crítica quanto aos institutos da interdição e da inabilitação	44
VII) Directivas Antecipadas de Vontade	48
1) Eficácia vinculativa das DAV	52
2) Regime jurídico das DAV na Lei n.º25/2012 de 16 de Julho	57
3) Procurador de Cuidados de Saúde	61
4) Representação Voluntária	65
Conclusão	68
Bibliografia	70

## INTRODUÇÃO

O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento axiológico de todo o Estado de Direito, expressamente consagrado no art.1.º da Constituição da República Portuguesa, impõe ao Direito um repensar de velhas questões e desafia-o a interrogar-se sobre novas exigências, reclamadas por uma sociedade mais informada, multicultural e em permanente devir.

Os avanços científicos nas mais diversas áreas do saber, designadamente, na medicina e na psicologia, apresentam-se à sociedade com uma panóplia de novas possibilidades que rompem com os cânones tradicionais e que nos fazem idealizar com a tão desejada certeza de que os progressos no conhecimento vão ter, num futuro mais ou menos próximo, resposta para os nossos desaires e temores.

Paralelamente ao conforto desta convicção há o desânimo do confronto com as soluções muitas vezes desfasadas da realidade, no plano legal.

O aumento da esperança média de vida e o conseqüente envelhecimento da população esteja ele ou não, associado a doenças degenerativas, bem como outro conjunto de doenças mentais, põem a descoberto as fragilidades e insuficiências dos institutos civis vigentes na nossa ordem jurídica, e que são o reflexo de um Direito que nasce com um cunho fundamentalmente patrimonial.

Assim, o nosso estudo pretende analisar esses mesmos institutos, que são ainda hoje a resposta positivada à incapacidade dos adultos, mormente, a interdição e a inabilitação, procurando expor o seus regimes, para num momento seguinte apreciá-los de forma crítica. Procuraremos assim, averiguar o quão de autonomia é reconhecida às pessoas que são sujeitas a este tipo de medidas de protecção, e portanto em que termos o seu direito à autodeterminação se reflecte nestes institutos no plano patrimonial e pessoal.

Num segundo plano é nosso objectivo, analisar os movimentos que foram surgindo em Portugal, no sentido de atribuir eficácia e validade às directivas antecipadas de vontade, ou seja, à possibilidade de uma pessoa adulta que se encontre capaz, manifestar antecipadamente a sua vontade, relativamente a cuidados de saúde, definindo os tratamentos e intervenções médicas, que deseja ou não receber, num momento em que já não se encontrem em condições de o fazer.

Para tanto, debruçar-nos-emos sobre a recente Lei n.º 25/2012 de 16 de Julho, que regula as directivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV).

## I) GENERALIDADES

As sociedades estão em permanente mutação e evolução. Cada vez mais exigentes, audazes e informadas colocam em causa aquilo que em tempos era praticamente dado por adquirido, levantando o pano a novas questões e provocando o necessário debate sobre elas, acompanhado do conseqüente anseio por transformar os padrões vigentes até então, conformando-os às realidades actuais.

Certo é, também, que este estado de coisas emerge do confronto e da ruptura, ou pelo menos, do desejo dela, com os paradigmas e concepções ancestrais e da renovação das convicções sociais.

Como ensina Orlando de Carvalho<sup>1</sup> “ (...) o Direito de hoje, é não apenas o contido nas leis, como o contido na consciência ético-jurídica ao nível de certo tempo e de certa civilização”.

Exemplo disso é a mudança verificada no paradigma médico no que respeita ao consentimento do paciente nas terapêuticas. A relação médico-paciente transformou-se de um paternalismo médico,<sup>2</sup> conduzido por um princípio da beneficência, onde pouca relevância era dada à vontade autónoma do paciente e, portanto, de uma “relação vertical”, para uma relação mais “democrática e horizontal”, de “reconhecimento da autonomia da vontade” e de consciência que cada um tem o direito à “livre autodeterminação sobre o próprio corpo”<sup>3</sup>.

As dificuldades surgem, porém, quando o direito e os seus instrumentos jurídicos não acompanham o ritmo das transformações sociais. O desenvolvimento dos conhecimentos técnicos e científicos que têm proporcionado melhores e mais eficientes medicamentos e tratamentos médicos têm permitido o aumento da esperança média de vida. Basta um breve relance pelos dados dos últimos censos<sup>4</sup> realizados em Portugal para

---

<sup>1</sup> Carvalho, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil, sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2.º ano (1.ª turma) do Curso Jurídico de 1980/81*, Centelha, Coimbra, 1981, p.81.

<sup>2</sup> Em que o médico era um profissional distinto, ocupando a mais elevada hierarquia social, ao ponto de falar de um “carácter sagrado da profissão médica”. Vide, Oliveira, Guilherme de, “*O Fim da «Arte Silenciosa» - (o dever de informação dos médicos)*”, in *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp.105 e 106.

<sup>3</sup> Pereira, André Gonçalves Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, estudos de direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 24 a 30.

<sup>4</sup>Dados disponíveis no seguinte endereço electrónico: <http://www.pordata.pt/Portugal/Indicadores+de+envelhecimento+segundo+os+Censos+-+525>, visitado pela última vez em 24 de Junho de 2015.

percebermos a diferença abissal relativamente aos anos anteriores. Estreitamente relacionado com o crescente envelhecimento da população está o índice de dependência dos idosos.

Perante estes dados nascem as incontornáveis problemáticas relacionadas com o envelhecimento da população. As pessoas mais idosas, já por si mais frágeis, são as que estão mais sujeitas ao desenvolvimento de patologias que os tornam dependentes de outrem. Ao que acresce, o surgimento ou a acentuação de doenças degenerativas, infelizmente ainda sem cura, de que são exemplo a doença de Alzheimer,<sup>5</sup> ou a de Parkinson,<sup>6</sup> bem como outros tipos de efemeridades e fragilidades sociais que afectam directamente a capacidade de autodeterminação das pessoas que sofrem delas, diminuindo consideravelmente a qualidade de vida, dificultando ou mesmo impedindo que estas realizem as tarefas mais básicas da vida quotidiana.

Temos porém de reforçar e ressaltar, que a velhice não deve ser necessariamente encarada como uma situação, de per si, incapacitante. Essa incapacidade pode ocorrer não pelo desgaste psíquico ou físico natural do avanço da idade, mas porque a ele se associa, conforme expõe Raúl Guichard Alves,<sup>7</sup> uma “debilidade intelectual e volitiva”. Nas palavras do Autor “seria, sob várias perspectivas, um grave e triste equívoco identificar um fenómeno normal e universal como é a velhice, implicando o natural declínio de certas faculdades, com um qualquer distúrbio mental”. Parece também ser excessivo, aceitar que possam ser consideradas incapazes, para efeitos de aplicação de uma medida de protecção e suprimento da incapacidade como a interdição ou a inabilitação, as pessoas analfabetas, e/ou como refere o Autor, aquelas que tenham “falta de cultura, inexperiência, ignorância, falta de preparação profissional ou mesmo inaptidão para tal”<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Na página da internet da Associação Portuguesa de Familiares e Amigos dos doentes de Alzheimer, pode ler-se que o Alzheimer é uma doença que provoca a deterioração progressiva e irreversível de diversas funções cognitivas, sendo a sua forma mais comum a demência, que constitui cerca de 50 a 70 % dos casos. Disponível no seguinte endereço electrónico: <http://alzheimerportugal.org/pt/doenca-de-alzheimer>, visitado pela última vez em 24 de Junho de 2015.

<sup>6</sup> Da vasta informação que a Associação Portuguesa de Doentes com Parkinson disponibiliza no seu site, retiramos que a doença de Parkinson é uma doença crónica que tem implicações no sistema motor de uma pessoa, afectando por isso, os seus movimentos corporais, podendo inclusive já haver uma perda entre os 70% e os 80% dos neurónios, aquando do primeiro despiste da doença. Disponível no seguinte endereço electrónico: <http://www.parkinson.pt/?lop=conteudo&op=7a614fd06c325499f1680b9896beedeb&id=c3992e9a68c5ae12bd18488bc579b30d>, visitado pela última vez em 24 de Junho de 2015.

<sup>7</sup> Alves, Raúl Guichard, “*Alguns Aspectos do Instituto da Interdição*”, in *Direito e Justiça*, Vol. IX, 1995, Tomo 2, p.161.

<sup>8</sup> Neste sentido veja-se o Acórdão da Relação de Lisboa, Processo n.º76/06.7TBCSC.L1-7, de 15 de Setembro de 2009, relatado por Dina Monteiro, disponível no seguinte endereço electrónico:



A fragilidade humana, enquanto pessoa doente, é pois, o motor da investigação médica. Como refere André Dias Pereira,<sup>9</sup> “a medicina é uma das marcas do nosso tempo e a investigação biomédica constitui uma das prioridades acarinhadas pelos poderes sociais, económicos e políticos, deixando a pessoa humana exposta a novos desafios, repetidas ameaças, mas também fundadas esperanças”.

Porém essa mesma fragilidade não é, nem pode ser, indiferente ao Direito, embora a interdisciplinaridade destas duas ciências nem sempre seja fácil, como fica, aliás, bem claro nas palavras de Guilherme de Oliveira, “o Direito não se dá muito bem com a saúde mental”<sup>10</sup>.

O Direito, tradicionalmente, com uma vocação de cariz meramente patrimonial, “só recentemente se ocupou dos interesses pessoais”<sup>11</sup>, fazendo um esforço por, paulatinamente, se ir adequando a outras realidades igualmente merecedoras de tutela, como seja a dos doentes que de forma antecipada manifestam a sua vontade quanto a futuros cuidados de saúde, para o caso de no momento da intervenção não estarem em condições de a expressar.

Recordemos com Orlando de Carvalho,<sup>12</sup> que é “porque o homem é precisamente *a pessoa*- essa «raiz de independência» e essa «raiz de liberdade» da qual falou certa vez, Maritain- que se reconhece como pessoa sob o ponto de vista jurídico, e conseqüentemente, como sujeito para o direito”. E é enquanto sujeito de direito, que se torna merecedor do mais sério compromisso por parte do Direito, hoje reflectido no art.70.º do CC<sup>13</sup>, de lhe assegurar meios de tutela jurídica que o protejam contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral<sup>14</sup>.

---

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/8a682302db14b54f8025765b003b5074?OpenDocument&Highlight=0,interdi%C3%A7%C3%A3o>, visitado pela última vez em 10 de Março de 2015.

<sup>9</sup> Pereira, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, 2012, p.111.

<sup>10</sup> Oliveira, Guilherme de, “*Saúde Mental e Direito*”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 10, n.º 19, Janeiro/Julho 2013, p.5.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Carvalho, Orlando de, *Os Direitos do Homem no Direito Civil Português*, Textos Vértice, Coimbra, 1973, p.17.

<sup>13</sup> Como curiosidade histórica, refira-se que foi a experiência alemã do pós-guerra, que conduziu à consagração no Código Civil alemão de um “direito geral da personalidade”, que muito influenciou o nosso art.70.º CC. Embora, entre nós aquela tutela resulte directamente da lei e tenha tido por base o Direito Constitucional, enquanto no direito alemão, tem sido a doutrina e a jurisprudência que melhor vão concretizando aquele direito. Varela, Antunes, “*Alterações Legislativas do Direito ao Nome*”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 116-º, n.º 3710, pp. 141 e 143.

<sup>14</sup> Para Capelo de Sousa, a tutela prevista no art.70.º do CC, traduz-se a partir da concepção de um direito geral de personalidade, entendido como um “insofismável direito subjectivo privado” que enquanto direito pessoal e absoluto, faz recair sobre todos os sujeitos jurídicos uma obrigação passiva universal, traduzível num “dever geral de respeito” que “implicará, normalmente, um dever geral de abstenção ou de não ingerência” bem como “deveres gerais de acção ou de solidariedade social”. O titular do direito geral de

É perante as movimentações no sentido de dar respostas a estas novas realidades, que nos confrontamos com o regime obsoleto que vigora ainda no direito português em matéria de suprimento das incapacidades, e que procuraremos analisar de seguida.

## II) PERSONALIDADE E CAPACIDADE

Seguindo os ensinamentos de Orlando de Carvalho,<sup>15</sup> “é porque o homem é pessoa” que ele é sujeito de direito, detentor de uma “personalidade jurídica” que se traduz na sua “subjectividade jurídica”, isto é, na sua “susceptibilidade abstracta de ser titular de direitos e deveres”. Mas àquela susceptibilidade abstracta há-de corresponder uma “susceptibilidade concreta” de ser titular desses mesmos direitos e deveres. Quer dizer, atendendo a cada sujeito em particular delimita-se o âmbito da sua “capacidade jurídica”. Por ser pessoa, deveria ser uma “capacidade jurídica plena”. E de facto é o artigo 67.º do Código Civil, que esclarece que, em princípio, as pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas. Em princípio, porque a lei pode dispor em sentido diverso.

Também assim, Manuel de Andrade<sup>16</sup> salienta que inerente à subjectividade jurídica, é a capacidade jurídica, entendida que é, como capacidade de gozo de direitos. Não pode existir uma sem a outra, “o que pode é ser mais ou menos circunscrita a capacidade jurídica de uma pessoa”.

---

personalidade, tem poderes “directos e imediatos” sobre sua própria personalidade, e bem assim, à sua autodeterminação. Sousa, Rabindranath V. A. Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, 1.ª edição (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 557 e 614 a 619. Também para Antunes Varela, os meios de tutela que o art. 70.º n.º2 do CC coloca à disposição dos lesados nos seus direitos de personalidade, confirmam segundo o Autor, a “existência de um direito (subjectivo) geral de personalidade”. Varela, Antunes, *Alterações Legislativas do Direito ao Nome*...*ob.cit.*, p.145. Por sua vez, se Capelo de Sousa entende com os direitos especiais de personalidade vão coexistindo e se articulando com o direito geral de personalidade, para Orlando de Carvalho reconhecer um direito geral de personalidade pressupõe abarcar todas as possíveis manifestações da personalidade humana, ou seja, atender à “pessoa-ser em devir”, enquanto “entidade não estática mas dinâmica”. Corresponde a um “*jus in se ipsum* radical” que não exclui os direitos especiais de personalidade, antes os compreende enquanto “direito-matriz ou direito fundante”, “pois os objectos deles são antes projecções do objecto verdadeiro desta tutela jurídica, que é a personalidade no seu todo”. Carvalho, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, coordenação de Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães, Maria Regina Redinha, 3.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pp.203 a 207. Também assim, Mota Pinto, questionando-se sobre um possível carácter atomístico (como uma “pluralidade taxativa de direitos”), ou unitário dos direitos de personalidade, conclui que se trata de um “direito aberto sincrónica e diacronicamente”. Pinto, Mota, *Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau*, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol.76, 2000, p. 211 e 212.

<sup>15</sup> Carvalho, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, *ob. cit.*, pp.190 a 194.

<sup>16</sup> Andrade, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol I, Sujeitos e Objecto, 4.ª reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1974, pp.30 e 31.

Por isso é fundamental distinguir a capacidade jurídica, “capacidade de direitos ou de gozo de direitos”, da “capacidade de agir ou capacidade de exercício de direitos”.

Ora, acompanhando de perto Mota Pinto,<sup>17</sup> se a capacidade de gozo de direitos se traduz naquela susceptibilidade de ser titular de um conjunto de relações jurídicas, que incluem direitos e obrigações, a capacidade de exercício de direitos representa a “aptidão para actuar pessoal e autonomamente” ou através de um “representante voluntário ou procurador”. Ou seja, o facto de o sujeito não ser incapaz de exercício de direitos, significa que aquele exercício não tem de ser substituído por um representante legal ou consentido por outra pessoa, de que é exemplo o assistente.

Na esteira de Capelo de Sousa,<sup>18</sup> a capacidade de exercício não é apenas, a “idoneidade para exercitar direitos ou cumprir obrigações”, é também a susceptibilidade de os adquirir e de as assumir, “no âmbito da sua capacidade de gozo”. Ou nas palavras de Manuel de Andrade,<sup>19</sup> “esta capacidade vem a ser, no fim de contas, a susceptibilidade de utilizar ou desenvolver, só por si ou mediante procurador, a própria capacidade de gozo”.

Prosseguindo na senda de Capelo de Sousa esclarece o Autor,<sup>20</sup> que a capacidade de gozo é um pressuposto da capacidade de exercício, podendo um sujeito de direito ter capacidade de gozo e não ter de exercício. Este estado de coisas resulta do facto daquela, ser uma capacidade “genérica”, “inerente à autonomia e dignidade da pessoa humana” conforme resulta do já aludido, art. 67.º do CC, e dos artigos. 1.º e 12.º n.º1 da Constituição da República Portuguesa. As incapacidades de gozo,<sup>21</sup> por representarem “inaptidões” para ser titular de “determinados direitos e obrigações”, e por não visarem apenas a protecção do próprio incapaz, não são passíveis de serem suprimidas por um representante legal, que designado por lei ou pelo tribunal, actue “em nome e em vez dele”, nem pelo instituto da assistência, em que a “validade e a eficácia” dos actos do incapaz dependem da “autorização ou consentimento de outra pessoa”.

---

<sup>17</sup> Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral Do Direito Civil*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2005, pp.220 e 221.

<sup>18</sup> Sousa, Rabindranath Capelo de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, Coimbra Editora, 2003, pp.252 a 254.

<sup>19</sup> Andrade, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, *ob.cit.*, p.31.

<sup>20</sup> Sousa, Rabindranath Capelo de, *Teoria Geral do Direito Civil*, *ob. cit.*, pp.252 a 254.

<sup>21</sup> De que são exemplo: a incapacidade de perfilhar do menor de 16 anos, dos interditos por anomalia psíquica e dos notoriamente dementes nos termos do art.1850.º do CC; e a incapacidade nupcial do menor de 16 anos, nos termos do art.1601.º, alínea a) do CC.

Os institutos da representação legal e da assistência<sup>22</sup> são, por isso, os meios legais de suprimento das incapacidades de exercício, que radicando nas deficiências próprias de certa pessoa jurídica, e visando sobretudo a protecção da própria,<sup>23</sup> permitem dar vida a um círculo alargado de actos da esfera jurídica do incapaz, não postergando assim os seus interesses.

Assim sendo, conforme explica Manuel de Andrade,<sup>24</sup> apesar da capacidade de exercício pressupor que a pessoa actue de uma forma considerada “normal” pelo ordenamento jurídico, consciente, sagaz e com prudência na gestão dos seus próprios interesses, a incapacidade de exercício “não exclui a capacidade de direitos”. Acrescentando o Autor, que na base de uma concepção de direito subjectivo como uma relação de poder, não pode deixar de se entender que os direitos dos incapazes são atribuídos aos próprios, sendo os seus representantes “investidos apenas do seu exercício”. Concluindo que “a vontade não é necessária para a titularidade ou pertinência do direito subjectivo, mas unicamente para o seu exercício”.

Parece-nos ser ainda relevante, acrescentar o contributo de Carvalho Fernandes,<sup>25</sup> sobre estas importantes noções. Introduce o Autor, sobre estes aspectos, o conceito de “medida”. Uma vez que o conceito de personalidade jurídica é um conceito qualitativo, por em causa estar apenas a identificação de um sujeito de direito, a capacidade jurídica é um conceito quantitativo, ou seja, consiste em destringir os direitos e obrigações que cabem a cada sujeito individualmente considerado. Assim sendo, a capacidade de gozo será, abstractamente, a “medida de direitos e vinculações de que uma pessoa pode ser titular e a que pode estar adstrita” e a capacidade de exercício, a concreta “medida dos direitos e das vinculações que uma pessoa pode exercer e cumprir por si, pessoal e livremente”<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Carvalho Fernandes, a propósito do instituto da assistência, que refere ser efectivada numa atitude de colaboração com o incapaz, distingue três modalidades possíveis: a de autorização, quando o assistente intervém anteriormente à prática do acto, o que em regra acontece no caso da inabilitação; a de participação, quando o assistente intervém no próprio acto; e a ratificação ou aprovação, quando o assistente intervém posteriormente à prática do acto pelo incapaz. Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 5.ª edição revista e actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009, pp.140 e 141.

<sup>23</sup> Raúl Guichard Alves indica ainda outros interesses que podem concorrer com o interesse do incapaz, como sejam o da segurança e certeza jurídica, que lembra o Autor, compadecem-se pouco com uma averiguação casuística da capacidade. Alves, Raúl Guichard, “*Alguns Aspectos do Instituto da Interdição*”, *ob. cit.*, p.139.

<sup>24</sup> Andrade, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, *ob. cit.*, pp.32 a 34.

<sup>25</sup> Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, *ob. cit.*, pp.132 a 134.

<sup>26</sup> Para o Autor há ainda que fazer a distinção entre a capacidade genérica e específica reportadas ambas quer à capacidade de gozo quer à de exercício, e a capacidade particular. A genérica, capacidade dos maiores de idade, diz respeito à “generalidade dos direitos e vinculações reconhecidos pela ordem jurídica”. A

### III) CAPACIDADE PARA CONSENTIR

Já tivemos oportunidade de referir que o Direito foi tradicionalmente vocacionado para a disciplina da esfera patrimonial, o que explica que certos institutos ou conceitos sejam hoje pouco funcionais, quando se procura atender a interesses não exclusivamente patrimoniais.

Refere Mota Pinto,<sup>27</sup> que “é no domínio dos negócios jurídicos que assumem particular importância as noções de capacidade e incapacidade”. E bem assim, as de capacidade negocial de gozo e de exercício.

Mas porque no presente estudo se visa abordar outras questões que não só patrimoniais, designadamente, alguns aspectos jurídicos que se predam com os cuidados da saúde daqueles que por algum motivo relacionado com esta, se encontram incapazes de gerir determinadas áreas da sua vida, importa-nos também analisar, nas palavras de André Dias Pereira, “um ramo da capacidade jurídica, cujo objecto é o de tomar decisões sobre os cuidados de saúde, isto é, a capacidade para consentir ou recusar um tratamento médico”<sup>28</sup>, e que merece ser autonomizado relativamente à capacidade negocial<sup>29</sup>.

A referência à capacidade para consentir ainda se torna mais importante, quando a relação médico-paciente, é hoje compreendida de uma forma muito diferente do passado, com a passagem de um paradigma paternalista, assente na filosofia de Hipócrates, para uma “ideia de autonomia” enquanto “valor central também na ética médica e nos ordenamentos constitucionais”<sup>30,31</sup>.

---

específica, corresponde apenas a determinadas categorias de direitos e vinculações, de que são exemplo a incapacidade dos inabilitados para os actos de disposição. E a capacidade particular, analisada em concreto, para cada pessoa individual, para cada direito ou vinculação. *Idem*, p.135.

<sup>27</sup> Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral Do Direito Civil*, *ob. cit.*, p.222.

<sup>28</sup> Pereira, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...*, *ob. cit.*, p.153.

<sup>29</sup> *Idem*, p.154.

<sup>30</sup> Loureiro, João Carlos S. G., “*Metáfora do Vegetal ou Metáfora Pessoal...*” *ob. cit.*, p.37.

<sup>31</sup> André Gonçalo Dias Pereira enumera quatro direitos fundamentais do paciente que são os pilares essenciais da sua relação com profissional de saúde, são eles: a) o direito a ser informado, consentir ou recusar o tratamento, incluindo através de uma directiva antecipada de vontade, b) o direito a um processo clínico e ao acesso à informação de saúde, c) o direito ao sigilo médico e à protecção dos seus dados pessoais, e por fim, d) o direito a um tratamento adequado de acordo com as *leges artis*. Pereira, André Gonçalo Dias, “*Alguns Aspectos do Consentimento Informado*”, in *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º0, Almedina, 2014, p.168.

Nas palavras de André Dias Pereira, “o direito ao consentimento livre e esclarecido é um postulado axiológico e normativo”, que merece um labor legislativo<sup>32</sup> que termine com as imprecisões e insuficiências que existem ainda no nosso ordenamento jurídico, relativamente a vários aspectos do consentimento informado, como é o caso da capacidade para consentir<sup>33</sup>. Apesar de na Lei n.º15/2014, de 21 de Março, que consolida a legislação em matéria de direitos e deveres do utente dos serviços de saúde, o seu art.11.º seja dedicado aos menores e incapazes, de pouco acrescenta, uma vez que remete para lei futura as condições em que os representantes legais dos menores e incapazes podem exercer os direitos que lhes cabem<sup>34</sup>.

Acompanhando de perto André Dias Pereira, os bens jurídicos protegidos no âmbito da capacidade para consentir são bem diferentes dos interesses prosseguidos por um sujeito aquando do exercício da sua capacidade negocial, e bem assim, as preocupações legais são também outras. Quando em causa estão a tomada de decisões sobre cuidados de saúde, há uma intrínseca manifestação do poder de autodeterminação pessoal, como reflexo inequívoco dos bens jurídicos pessoalíssimos do sujeito de direito<sup>35, 36</sup>.

Pelos bens jurídicos em causa defende o Autor, a construção de um “*regime específico* para a limitação de direitos de personalidade, nomeadamente para a livre e autónoma disposição do direito à integridade física à autodeterminação nos cuidados de saúde”,<sup>37</sup> “que terá por base o art.295.º do CC”<sup>38</sup>.

Esclarece o Autor<sup>39</sup> que capacidade para consentir, será sempre “situacional e casuística”, dependendo da pessoa e da situação em apreço, devendo por isso, considerar-se em primeira linha que o sujeito, ora paciente, é capaz, cabendo ao médico aferir da possível incapacidade, sendo que as capacidades exigíveis ao paciente para tomar uma decisão nesta matéria não são apenas intelectuais e volitivas, mas também emocionais. Ao

---

<sup>32</sup> Embora não ignoremos as referências que são feitas a ele em vários diplomas legais, de que são exemplo, o art.3.º n.º2 da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, ou o capítulo II, da Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina.

<sup>33</sup> Pereira, André Gonçalo Dias, “*Alguns Aspectos do Consentimento Informado*”, *ob. cit.*, p.172.

<sup>34</sup> *Idem*, p.173.

<sup>35</sup> Pereira, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, *ob. cit.*, p.154.

<sup>36</sup> Guilherme de Oliveira salienta que o dever que assiste ao médico de prestar um consentimento informado ao doente assenta no seu direito à integridade física e moral e, portanto, existe mesmo antes de qualquer relação contratual entre ele e o médico. Oliveira, Guilherme de, “*Estrutura do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 125.º, n.ºs 3814-3825, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 72 e 73.

<sup>37</sup> Pereira, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...*, *ob. cit.*, p.164.

<sup>38</sup> *Idem*, p.172.

<sup>39</sup> *Idem*, pp.164 e 165.

médico é-lhe reconhecido um certo grau de discricionariedade, porque se há casos mais graves que não deixam dúvidas, haverá também situações em que aquele juízo não será tão imediato.

A este propósito,<sup>40</sup> diferencia o Autor as situações de “*incompetência absoluta*” quando as pessoas se encontram em situação de inconsciência ou padecem de uma doença mental grave, ou ainda, quando as crianças são muito novas, das situações de “*incompetência relativa*”. Esta última abrange os casos de “perturbações” que podem ser causadas, entre outras, “por doença mental, exaustão, dor, cansaço ou medicação”, e ainda as “crianças mais velhas e os adolescentes”.

Ainda que se deseje que a capacidade para consentir, seja um instituto autónomo da capacidade negocial, com referência a esta, podemos, à partida, estreitar os casos em que faltará capacidade para consentir. Assim,<sup>41</sup> os maiores com capacidade negocial, em princípio também gozam de capacidade para consentir. No que concerne aos sujeitos desprovidos de capacidade negocial, os menores, se tiverem mais de 14 anos, actuarem de forma acautelada e razoável, e desde que sejam capazes de entender as consequências dos seus actos, poderão também ter capacidade para consentir. No que diz respeito aos interditos<sup>42</sup> e inabilitados, a aferição da capacidade é feita casuisticamente, sendo que quanto a estes últimos só verão a sua capacidade para consentir postergada, por imposição judicial, enunciada na sentença que decreta a inabilitação.

A abrangência da capacidade para consentir é mais vasta do que a da capacidade negocial,<sup>43</sup> desde logo, porque estão em causa, como já referimos, bens pessoalíssimos, em que ao abrigo do “princípio da autonomia”, os pacientes têm o direito de se autodeterminarem quanto aos seus cuidados de saúde, desde que a sua “capacidade de julgamento e discernimento o permita.”<sup>44</sup> E essa capacidade não coincide necessariamente com a sua capacidade negocial. Também por isso os meios tradicionais de suprimento das incapacidades negociais não são inteiramente adequados às situações em que um paciente

---

<sup>40</sup> Pereira, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, ..., ob. cit.*, p.169.

<sup>41</sup> *Idem*, pp. 170 a 172.

<sup>42</sup> Mesmo quanto aos interditos, e por respeito ao art. 6.º n.º3 da CEDH Bio, a sua opinião do incapaz não pode ser ignorada. Assim, *vide*, Pereira, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, ..., ob. cit.*, pp. 171 e 172.

<sup>43</sup> *Idem*, p. 174.

<sup>44</sup> *Idem*, p.205.

se encontra incapacitado de consentir. Tanto assim é, que o facto de o paciente ter um representante legal não significa que se encontre incapacitado de consentir<sup>45</sup>.

Nos seus ensinamentos, André Dias Pereira, esclarece-nos que de entre todos os “estados”<sup>46</sup> que podem fundamentar uma interdição ou uma inabilitação, enquanto meios tradicionais de reacção à incapacidade negocial, só nos casos em que o paciente padece de anomalia psíquica, poderá também se verificar uma incapacidade para consentir sobre os seus cuidados de saúde<sup>47, 48</sup>.

Posto isto, concluímos com o Autor, que a questão fulcral em matéria de consentimento para tratamentos médicos, está na análise concreta do estado de cada paciente, ou seja, em primeira linha decide-se pela capacidade ou não deste. Uma vez revelando-se incapacitado e tendo já o paciente representante legal, caberá, em princípio, a este a tomada da decisão sobre aqueles tratamentos. As maiores dificuldades surgem porém, em relação àqueles que sendo incapazes não tenham representante legal<sup>49</sup>.

No Anteprojecto de 2010 sobre o consentimento informado e acesso ao processo clínico, que por razões de oportunidade política não chegou a revestir a forma de lei, Guilherme de Oliveira, Helena Moniz e André Dias Pereira, apresentam no capítulo I, secção III, por referência a alguns dos direitos do doente previstos na Lei de Bases da Saúde, (Lei n.º 48/90 de 24 de Agosto, que por sua vez é a concretização do art.64.º da CRP, que consagra que todos têm o direito à protecção da saúde e do dever de a promover e proteger), designadamente a sua Base XIV, a proposta de disciplina da representação de

---

<sup>45</sup> Pereira, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...*, ob. cit., p.218.

<sup>46</sup> Oliveira Ascensão, a propósito da enumeração das deficiências que podem estar na origem da incapacidade, designa as causas da incapacidade como “estados, dado o carácter permanente e a actuação tabelada sobre a incapacidade”. Ascensão, José de Oliveira, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, Lisboa, 1996, p.177.

<sup>47</sup> Claro está, como bem salienta o Autor, que no caso da inabilitação, tem que constar da sentença de inabilitação a incapacidade para consentir. Apoiando-se no art. 6.º n.º3 da CEDHBio, o Autor mais uma vez reforça a ideia de que as situações que extravasem os casos de anomalia psíquica, devem ser analisados casuisticamente, não havendo razão para os impedir de consentir ou não em determinado tratamento médico quando estes compreendam a situação em causa e as suas consequências. Pereira, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...*, ob. cit., pp.218 e 219.

<sup>48</sup> Foi esse o entendimento acolhido na Lei n.º25/2012 de 16 de Julho que regula as directivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional de Testamento Vital (RENTEV), (cfr. art. 4.º al. b) e art. 11.º n.º2) a que dedicaremos algumas considerações, mais adiante neste estudo.

<sup>49</sup> E a este respeito, aponta o Autor, três grupos de pacientes: “os doentes com anomalia mental grave”, “os acidentados em estado de inconsciência” e os “pacientes em fim de vida (em estado de demência ou mesmo já de vida vegetativa)”. Pereira, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, estudos de direito civil...*, ob. cit., pp.223 e 224.



pacientes com capacidade diminuída<sup>50</sup>. Sendo que é o art.11.º que se dedica à representação dos adultos com capacidade diminuída<sup>51</sup>. Em anotação ao próprio artigo, os Juristas indicam a nomeação de um “procurador de cuidados se saúde”, para representar o doente, que seria previamente designado pelo doente e que preferiria em relação a qualquer outro designado pelo Estado. Caso este não fosse nomeado, o doente seria representado pelo seu tutor ou curador. Por sua vez, não existindo também tutor (ou curador, no caso de se estar perante um inabilitado assistido por um curador, com poderes para tomar decisões desta natureza) competirá ao médico encontrar e actuar de acordo com a vontade presumida do doente, para a qual poderá ser relevante a audição dos familiares ou outras pessoas próximas deste. Por fim, prevê-se a comunicação ao Ministério Público, enquanto legal representante dos incapazes, nos termos do art.3.º n.1, alínea a) do Estatuto do Ministério Público, da decisão clínica quando se tratem de intervenções com risco de incapacidade grave ou morte. Contudo os Autores do Anteprojecto, salientando a desadequação dos tradicionais mecanismos de suprimento da incapacidade dos incapazes adultos previstos na nossa ordem jurídica, recordam que a “substituição da vontade dos incapazes tem de ser oportuna, limitada ao estritamente necessário, discreta e descartável”<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Oliveira, Guilherme de / Moniz, Helena / Pereira, André, “Consentimento Informado e Acesso ao Processo Clínico- Um Anteprojecto de 2010”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 9, n.º18, 2012, pp. 13 a 15.

<sup>51</sup> Cujá redacção é a seguinte: “ *Artigo 11.º (Representação de adultos com capacidade diminuída) 1. Considera-se adulto com capacidade diminuída a pessoa que, no momento da decisão, devido a qualquer causa, não tem o discernimento suficiente para entender o sentido do seu consentimento, ou não tem o livre exercício da sua vontade. 2. Para efeitos da presente lei, o poder de representação será exercido pelo procurador de cuidados de saúde, previamente designado pelo doente nos termos previstos na secção seguinte. 3 Na falta de procurador de cuidados de saúde, os adultos com capacidade diminuída são representados pelo seu tutor. 4. Na ausência de qualquer dos representantes mencionados nos números anteriores, o profissional de saúde actua segundo o consentimento presumido do doente, ouvidos, sempre que possível, o médico de família do doente, e outras pessoas que tenham mantido com o doente relações de grande proximidade, designadamente os familiares. 5. Nos casos previstos no número anterior, se a intervenção tiver risco elevado e incapacidade grave ou de morte do doente, a decisão clínica deve ser comunicada ao Ministério Público, no prazo de 10 dias, mesmo que a intervenção já tenha sido realizada.*”  
Guilherme de Oliveira, Helena Moniz, André Pereira, Consentimento Informado e Acesso ao Processo Clínico- Um Anteprojecto de 2010, *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 9, n.º18, 2012, p.21.

<sup>52</sup> Guilherme de Oliveira, Helena Moniz, André Pereira, Consentimento Informado e Acesso ao Processo Clínico- Um Anteprojecto de 2010, *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 9, n.º18, 2012, p.22.

#### IV) INCAPACIDADES (de exercício)

Tivemos já oportunidade de expor os ensinamentos do Professor Orlando de Carvalho segundo os quais, a personalidade humana reclama a plenitude da capacidade jurídica. Não obstante, é no seguimento dos seus pensamentos<sup>53</sup>, que recordamos que esta, enquanto “um mero instrumento da personalidade *qua tale*” pode ter de ser sacrificada “em homenagem aos interesses da própria pessoa profunda”.

Acompanhando de perto Pedro Pais de Vasconcelos,<sup>54</sup> o “Direito Civil como direito das pessoas comuns, pressupõe que estas sejam livres e esclarecidas”, todavia, é também este Direito que não pode ser indiferente ao facto de que para além daqueles que ainda não atingiram aquele nível de discernimento e esclarecimento pressuposto, como sejam, os menores, há um outro leque vasto de pessoas que apesar de já serem maiores, por “factores de ordem natural ou adquiridos”,<sup>55,56</sup> se vêm impossibilitados de autonomamente gerir a sua esfera pessoal e/ou patrimonial.

Esses mesmos factores podem ser tão vastos como doenças, deficiências, “desvios de carácter e de comportamento”<sup>57</sup> ou mesmo a velhice, que pode estar na origem não só da já perda natural das faculdades mentais, como também do surgimento de doenças próprias ou não de idades mais avançadas.

Todos estes factores ou todos estes estados afectam a susceptibilidade, daqueles que sofrem deles, de exercerem pessoal e livremente os seus direitos e obrigações,<sup>58</sup> ou seja, a sua capacidade de exercício.

De acordo com o nosso Código Civil, são incapacidades de exercício as situações derivadas de: menoridade, interdição, inabilitação, casamento<sup>59</sup> e da incapacidade acidental do art.257.º do CC<sup>60</sup>.

---

<sup>53</sup> Carvalho, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, p.193.

<sup>54</sup> Vasconcelos, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, p.109.

<sup>55</sup> Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, p.332.

<sup>56</sup> Para Oliveira Ascensão, o fundamento das incapacidades é sempre natural. Ascensão, José de Oliveira *Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, p.176.

<sup>57</sup> Vasconcelos, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, p.109.

<sup>58</sup> O que não significa que afecte necessariamente a sua capacidade de gozo, pois apenas a capacidade de exercício não é concebível sem a de gozo. André Dias Pereira a respeito do estudo da capacidade para consentir, nota, aliás, que o Código Civil no que concerne aos actos pessoais, designadamente, à capacidade para casar, perfilhar e testar, centra as suas preocupações naqueles que sofrem de anomalia psíquica grave, e que por isso, o instituto da interdição supre a sua incapacidade. Cfr. art. 1601.º, art. 1850.º e o art. 2189.º, todos do CC. Pereira, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...*, ob. cit., p.173.

Oliveira Ascensão<sup>61</sup> caracteriza as incapacidades em três aspectos fundamentais: “1) fundam-se em diminuições naturais das faculdades das pessoas; 2) são restrições tabeladas da capacidade que atingem uma universalidade de aspectos desta; 3) o regime legal visa proteger as pessoas incapazes.” Sendo umas “automáticas”, como é o caso da menoridade, e outras “dependentes de decretação judicial”, é sobre estas últimas, designadamente a interdição e a inabilitação, que procuraremos fazer um estudo mais aprofundado nas considerações que se seguem, sem prejuízo de fazermos referências à menoridade uma vez que o regime desta é aplicável com as devidas adaptações à interdição nos termos do art. 139.º do CC, e por conseguinte à inabilitação<sup>62</sup>, nos termos dos artigos 139.º e 156.º do CC.

### 1) Interdição

Nos termos do n.º1 do art.138.º do CC, “podem ser interditos do exercício dos seus direitos todos aqueles que por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira se mostrem incapazes de governar suas pessoas e bens.”. Portanto, são três<sup>63</sup> os fundamentos da interdição: 1) a anomalia psíquica<sup>64</sup>; 2) a surdez-mudez, e 3) a cegueira. Deve pois considerar-se, em nome da liberdade individual, já suficientemente restringida no instituto da interdição, que o art.138.º do CC prevê um *numerus clausus* dos seus fundamentos. O

---

<sup>59</sup> Mota Pinto entende que as incapacidades para contrair casamento ou “incapacidades conjugais”, sejam apenas situações de “ilegitimidade ou ilegitimação”. Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral Do Direito Civil, ob, cit.*, p.227, nota 249.

<sup>60</sup> Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral Do Direito Civil, ob, cit.*, p.227.

<sup>61</sup> Ascensão, José de Oliveira, *Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, pp.176 e 178.

<sup>62</sup> Geraldo Rocha Ribeiro entende que o art.123.º do CC, não deve ser aplicado aos inabilitados, pois das normas que disciplinam o seu regime, não resulta uma incapacidade geral de agir. Reforça o Autor, que a inabilitação “resulta de um juízo de ponderação concreto-personalizado” e, mesmo quando são atribuídos ao curador poderes de representação, como iremos ver mais adiante neste estudo, a incapacidade de agir do inabilitado está circunscrita aos actos expressamente fixados na sentença. Ribeiro, Geraldo Rocha, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp.128 e 129.

<sup>63</sup> Acolheu-se assim a enunciação das causas incapacitantes para efeitos de interdição, que Campos Costa havia indicado no anteprojecto do CC, justificando em anotação que a característica própria das incapacidades traduz-se no seu modo de suprimento, que apesar de no Código de Seabra estarem previstas em artigos diferentes, não diferiam quanto à forma de suprimento. Além disso, introduziu-se a cegueira como fundamento de interdição e eliminou-se a prodigalidade, que passou a figurar apenas como causa de inabilitação. Costa, Américo de Campos, *Incapacidade e Formas do seu Suprimento, Anteprojecto do Código Civil, in Boletim do Ministério da Justiça*, n.º111, 1961, pp.196, 197 e 221.

<sup>64</sup> Embora, a lei ainda faça referência ao termo “demente” ou “demência notória”.

regime da interdição não é, pois, passível de ser aplicado analogicamente a outras eventuais causas incapacitantes<sup>65</sup>.

Acresce, que há quem entenda que as deficiências puramente físicas, como é o caso da surdez-mudez ou da cegueira, não possam ser justificativas da aplicação do regime da interdição. Raúl Guichard Alves,<sup>66</sup> crítica a redacção legal, não só pela aparente falta de motivos válidos, para que apenas seja feita referência a estas enfermidades físicas e não também a outras, como pelo facto, de a lei não atender à relativa facilidade com que as deficiências físicas podem ser superadas. Entende o Autor que a interdição, não só não se adequa a estas situações, uma vez que o que elas reclamam é uma adequada intervenção no plano da assistência e auxílio, como pode resultar no efeito oposto ao pretendido. De acordo com o Autor, estas deficiências, “quando graves e incapacitantes, encontrarão quase sempre o seu remédio em mecanismos de substituição voluntária do sujeito, mormente através da concessão negocial de poderes representativos”.

Nem sempre foram estes os contornos das causas da interdição. No Código de Seabra, previa-se nos seus artigos 314.º e seguintes, a interdição dos dementes incapazes de governar suas pessoas e bens,<sup>67</sup> nos seus artigos 337.º e seguintes, a interdição dos surdos-mudos que não tivessem a capacidade necessária para reger os seus bens, e por fim, nos seus artigos 340.º e seguintes, a interdição dos pródigos que se mostrassem incapazes de administrar os seus bens<sup>68</sup>.

Acompanhando de perto Ferrer Correia e Eduardo Correia,<sup>69</sup> apercebemo-nos de que a então, interdição por demência, pecava por ser demasiado restritiva pois representava no plano legal um campo mais vasto do que o que era admitido pela ciência psiquiátrica.

---

<sup>65</sup> Alves, Raúl Guichard, “*Alguns Aspectos do Instituto da Interdição*”, *ob. cit.*, p.141.

<sup>66</sup> Alves Raúl Guichard, “*Alguns Aspectos do Instituto da Interdição*”, *ob. cit.*, pp.159 e 160.

<sup>67</sup> Estatuía o artigo que seriam “interditos do exercício dos seus direitos os mentecaptos e todos aqueles que, pelo estado anormal das suas faculdades mentais, se mostrem incapazes de governar suas pessoas e bens”. José de Oliveira e Silva pronunciava-se pela incoerência desta redacção, argumentando que os mentecaptos correspondem aos doentes em que a anormalidade mental é mais elevada, pelo que na opinião do Autor, estes deveriam estar incluídos na expressão de “estado anormal das faculdades mentais” e, com esta redacção mais simples abranger-se-ia aos vastos estados demenciais, pois estes devem ser considerados na sua globalidade e não na sua individualidade. Silva, José de Oliveira e, “*O Homem e as suas perturbações mentais no direito civil português, Revista da Ordem dos Advogados*”, Ano 22, Lisboa, 1962, pp.101,113 e 114.

<sup>68</sup> Não só ao nível dos fundamentos que justificam a interdição foram efectuadas alterações, pois também as então, interdições parciais, dão hoje lugar, juntamente com o fundamento da prodigalidade, ao instituto da inabilitação. Lima, Pires de / Varela, Antunes, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4.ª edição revista e actualizada, Coimbra Editora, Limitada, 1987, p.147.

<sup>69</sup> Correia, A. Ferrer / Correia, Eduardo, “*Fundamentos da Interdição por Demência, alguns aspectos do problema*”, *separata da revista de Legislação e Jurisprudência*, (ano 86.º, n.º3016 a 3020), Coimbra, 1954, pp.5 e 6.

Se para esta, a demência constituía um “estado permanente, praticamente irreparável, de deficiência mental”, nos ensinamentos daqueles ilustres Professores não se compreenderia o porquê de não facultar a interdição ao “estados oligofrénicos, nomeadamente a idiotia e a imbecilidade”. Quer dizer, o conceito de demência deveria ser no plano jurídico ajustado também aos casos de deficiências da vontade, as designadas “psicopatias”, que atingem as faculdades volitivas, e não apenas às do intelecto.

Parece claro e razoável, conforme esclarecem os Autores,<sup>70</sup> que se recorra à interdição quando o nível de debilidade das faculdades intelectuais interfere na consciência e na capacidade de valorar as próprias acções e interesses. Todavia, não podem ser ignorados “os desvios anormais da personalidade”, porquanto, uns e outros afectam a “capacidade de autodeterminação” do sujeito e os impedem de governar de forma adequada “as coisas e assuntos do seu foro”.

Por sua vez, Cunha Gonçalves,<sup>71</sup> elencava os requisitos exigíveis para que uma pessoa pudesse praticar, por si, determinado acto jurídico e, que uma vez não verificados por aquela padecer de doença mental, seria juridicamente incapaz. São eles: “a) a consciência da sua personalidade e da identidade da outra parte; b) vontade própria e autónoma; c) aptidão física para a manifestação dessa vontade; d) raciocínio suficiente para apreciar os prós e os contras desse acto jurídico; e) inteligência e memória necessárias para a recordação e compreensão de números, preços, valores monetários, datas e factos precedentes”.

Importa antes de mais, salientar que o regime da interdição vigora para as situações em que as causas que a fundam afectam a pessoa interdita, maior,<sup>72</sup> de forma

---

<sup>70</sup> Correia, A. Ferrer / Correia, Eduardo, “Fundamentos da Interdição por Demência, alguns aspectos do problema”, *ob. cit.*, pp.14 e 15.

<sup>71</sup> Gonçalves, Luiz da Cunha, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1930, p.634.

<sup>72</sup> Nos termos do art. 138.º n.º 2 do CC, as interdições são somente aplicadas a maiores, pois os menores já se encontram protegidos pelo próprio regime da menoridade. Todavia, como continua o próprio artigo, a interdição pode ser peticionada durante o ano anterior ao menor atingir a maioridade, para que o regime da interdição comece a vigorar assim que for maior. Nestes termos, como refere Carvalho Fernandes, “a pessoa contra quem se propõe uma acção de interdição diz-se *interditando* ou *interdicendo*, ou do ponto de vista processual, requerido.”. Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, *ob. cit.*, p.337. Raúl Guichard Alves, crítica esta opção do legislador, por considerar que caso a interdição venha a ser decretada “funcionará não como uma causa extintiva da capacidade, mas sim, impeditiva da sua aquisição”, relembrando que a incapacidade do menor é menos ampla que a de uma pessoa interdita, designadamente, quando o é por anomalia psíquica. Como exemplo, o Autor refere a possibilidade do menor de 16 anos contrair casamento e um interdito por anomalia psíquica não. No entanto, o Autor salienta que sob pena de constituir uma pura denegação de justiça, os menores emancipados podem ser interditos. Alves, Raúl Guichard, “*Alguns Aspectos do Instituto da Interdição*”, *ob. cit.*, pp. 145, 146 e 148.

particularmente grave. E essa característica incapacitante permite desde logo diferenciar o seu regime do da inabilitação, conforme se denota pelo art.152.º do CC <sup>73</sup>. Além disso, aquelas “deficiências físico-psíquicas”<sup>74</sup> devem ser “duradouras ou habituais e não meramente acidentais ou transitórias”,<sup>75</sup> <sup>76</sup>e actuais<sup>77</sup>. Carvalho Fernandes,<sup>78</sup> recorda que apesar da característica da actualidade não vir expressamente indicada na lei, ela sempre resultaria do bom senso e das normas processuais que disciplinam a tramitação da interdição. A causa incapacitante tem de existir no momento em que se pretende interditar a pessoa, pois, a deficiência físico-psíquica de que a pessoa em tempos sofreu, pode entretanto ter desaparecido ou sido atenuada através do recurso a tratamentos, deixando assim de se justificar a sujeição da pessoa a um regime tão rígido quanto o da interdição. Raúl Guichard Alves,<sup>79</sup> acrescenta ainda, que a exigência da actualidade implica que o hipotético agravamento futuro da doença, não pode representar, só por si, motivo de interdição.

O que antes fica dito, não posterga, todavia, que possam existir intervalos lúcidos,<sup>80</sup> ou seja, que o regime da interdição não seja compatível com momentos em que a incapacidade que lhe dá causa, se desvanece, bem como não quer dizer que esta seja incurável<sup>81</sup>.

Importa ainda acrescentar, que o impulso processual do regime da interdição não cabe ao Tribunal, pelo que caberá às pessoas<sup>82</sup> ou às entidades indicadas no art. 141.º do

---

<sup>73</sup> Nada impedindo que o juiz opte pela inabilitação em vez da interdição, como peticionado ou vise versa. Cfr. art. 901.º n.º1 do Código de Processo Civil. Lima, Pires de / Varela, Antunes, *Código Civil Anotado, ob. cit.*, p.147.

<sup>74</sup> Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral Do Direito Civil, ob. cit.*, p.235.

<sup>75</sup> Lima, Pires de / Varela, Antunes, *Código Civil Anotado, ob. cit.*, p.147.

<sup>76</sup> Neste sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º0089252, de 30 de Junho de 1994, relatado por António Martins, disponível no seguinte endereço electrónico, <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5e40c362c78e3d0180256803000287bb?OpenDocument&Highlight=0,interdi%C3%A7%C3%A3o>.

<sup>77</sup> Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral Do Direito Civil, ob. cit.*, p.235.

<sup>78</sup> Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, p.336.

<sup>79</sup> Alves, Raúl Guichard, “*Alguns Aspectos do Instituto da Interdição*”, *ob. cit.*, p.157.

<sup>80</sup> Cunha Gonçalves explicava como os intervalos lúcidos não constituindo um obstáculo, podiam inclusive justificar a interdição. Pois, nas palavras do Autor, “não faltará quem invoque o pretexto do demente se encontrar num intervalo lúcido, para o levar a assinar qualquer contrato ruinoso, contando com a grande dificuldade de provar a inexistência desse intervalo lúcido”. Perigo esse, que seria evitado com o decretamento da interdição. Gonçalves, Luíz da Cunha, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português, ob. cit.*, p.633.

<sup>81</sup> Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, p.336.

<sup>82</sup> É interessante notar como a legitimidade dos progenitores evoluiu aquando da reforma de 1977. Pois anteriormente, a mãe só teria legitimidade para requerer a interdição, caso fosse esta a exercer o poder paternal de forma plena. Lima, Pires de / Varela, Antunes, *Código Civil Anotado, ob. cit.*, pp.149 e 151.

CPC a legitimidade para intentar a correspondente acção de interdição, regulada nos artigos 891.º e seguintes do CPC.

Já tivemos oportunidade de referir que a interdição é um mecanismo de suprir a incapacidade negocial de exercício, e que isso não pressupõe a afectação da capacidade de gozo<sup>83</sup>. Todavia, também já estudámos que relativamente a alguns actos, designadamente o de contrair casamento, perfilhar e testar, é a própria lei, que exclui a capacidade de gozo<sup>84</sup>, vimos nós, daqueles que sofrem de anomalia psíquica grave. Geraldo Rocha Ribeiro<sup>85</sup>, ressaltando que a razão histórica do impedimento de casar não tenha residido na protecção do incapaz, mas sim “num interesse público de ordem eugénica e social”, considera que uma pessoa nestas condições não tem a vontade e o discernimento necessário para se aperceber do que é o conteúdo essencial do matrimónio<sup>86</sup>, pelo que será incapaz enquanto perdurarem os motivos que o impedem de representar os direitos e os deveres inerentes ao negócio.

No que respeita à perfilhação, e conforme Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira ensinam,<sup>87</sup> é um acto unilateral, não-receptício, pessoal, livre, puro e simples, para

---

<sup>83</sup> António Pais de Sousa e Carlos Frias Matias apontam ainda outras situações que podem também ser consideradas incapacidades de gozo. Uma dessas hipóteses é o caso da exclusão de um sócio de uma sociedade, quando este se tenha tornado incapaz, por ser interdito ou inabilitado. Uma vez que da estatuição do art. 1003.º do CC, consta a expressão “pode”, entendem os Autores que se devem distinguir duas hipóteses: a de o sócio incapaz não ser excluído, e como tal caberá ao seu representante legal proteger os seus direitos sociais, situação em que se verificará uma incapacidade de exercício; e a de o sócio incapaz ser excluído, perdendo assim os seus direitos sociais, e como tal, estaríamos perante uma incapacidade de gozo. Os Autores questionam também, os casos em que o mandato caduca, por interdição do mandante, nos termos do art. 1174.º al. a) em conjugação com o art. 1175.º do CC, ou do mandatário, nos termos do art. 1174.º al. a) em conjugação com o art. 1176.º do CC, em que também se podem verificar situações de incapacidade de gozo. Acrescentam ainda os Autores, que também relativamente à adopção existe uma incapacidade de gozo, não só dos incapazes por anomalia psíquica, a quem está vedado o direito de pleno exercício do poder paternal e de perfilhar, mas também dos surdos-mudos e dos cegos, que embora possam perfilhar, atendendo ao tipo de relação que se estabelece entre adoptante e adoptado, e as características próprias da adopção, na opinião dos Autores, não se afigura possível que interditos e inabilitados sejam capazes para efeitos de adopção. Sousa, António Pais de / Matias, Carlos Frias de Oliveira, *Da Incapacidade Jurídica dos Menores, Interditos e Inabilitados*, 2.ª Edição, revista e actualizada, Livraria Almedina, Coimbra, 1983, pp.236 e 237.

<sup>84</sup> Importa salientar que nenhum interdito, independentemente da causa da sua incapacidade, pode ser tutor, nos termos do art. 1933.º n.º1, al. a) do CC, vogal do conselho de família, nos termos do art. 1953.º, n.º1, do CC, e ainda, administrador de bens, de acordo com o art.1970.º do CC. Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, p.340.

<sup>85</sup> Ribeiro, Geraldo Rocha, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português, ob. cit.*, pp. 98 e 99.

<sup>86</sup> De acordo com Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, o casamento “tem por fim a constituição da família, o estabelecimento de uma plena comunhão de vida entre os cônjuges”, e supõe por isso, uma capacidade natural. Coelho, Francisco Pereira / Oliveira, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, Introdução, Direito Matrimonial, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2008, p.248.

<sup>87</sup> Coelho, Francisco Pereira / Oliveira, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, Vol. II, Direito da Filiação, Tomo I, Estabelecimento da Filiação, Adopção, Coimbra Editora, 2006, pp.151 a 159.

o qual a capacidade exigida, porquanto não constituir um negócio jurídico, não pode ser a mesma exigida para aqueles. Para perflhar “basta a consciência das relações sexuais fecundantes e a convicção da paternidade”, como tal “basta a capacidade natural para entender e querer o acto que pratica”. Ora, de acordo com o art.1850.º n.º1 do CC, “têm capacidade para perflhar os indivíduos com mais de dezasseis anos, se não tiverem interditos por anomalia psíquica ou não forem notoriamente dementes no momento da perflhação”. Por sua vez, conforme resulta do art. 1849.º do CC, a perflhação só pode ser exercida pelo próprio perflhante, ou por procurador com poderes especiais. Como esclarece Geraldo Rocha Ribeiro,<sup>88</sup> significa isto, que não pode ser exercida por um representante do perflhante. Sendo a instituição da representação instituída na decorrência incapacidade natural da pessoa, “presumida por sentença de interdição”, esta não têm a vontade livre e esclarecida que a perflhação pressupõe e, como tal, a restrição à perflhação decorres justamente dessa falha.

No que concerne à impossibilidade de testar, retira-se, com Geraldo Rocha Ribeiro, a mesma conclusão. O testamento é negócio formal *mortis causa*, individual, unilateral, não reptício e pessoal, que não admite ser feito por meio de representante<sup>89</sup>. Não podendo haver representação legal, e encontrando-se a pessoa sujeita a este meio de suprimento da sua incapacidade, que por sua vez lhe retira a competência para compreender o sentido e o alcance da sua declaração, não poderá testar<sup>90</sup>.

Mota Pinto<sup>91</sup> levanta agora a pertinente interrogação sobre aqueles que sendo dementes não estão interditos. Esclarece o Autor, que o requisito de “notoriedade” exigido nos arts. 1601.º al. b), e no 1850.º, necessário para se considerar o demente, incapaz, não é o mesmo do previsto no art. 257.º, relativo aos negócios jurídicos em geral. Pois aqui, a “tutela do incapaz deve primar sobre a protecção das expectativas do declaratório (*negócios fora do comércio jurídico*)”, como tal, a demência tem de ser “*inequívoca*”. No caso do testamento, que só prevê a incapacidade por anomalia psíquica, estatui o art. 2199.º que será anulável o testamento realizado por quem não tenha capacidade natural, mas não seja interdito, cumpridos os requisitos da incapacidade accidental, e o art. 2190.º, que será nulo o testamento realizado por quem seja interdito.

---

<sup>88</sup> Ribeiro, Geraldo Rocha, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, ob. cit., pp. 103 a 106.

<sup>89</sup> Sousa, Rabindranath Capelo de, *Lições de Direito da Sucessões*, Vol. I, 4.ª edição renovada, Coimbra Editora, 2000, pp.166 a 171.

<sup>90</sup> Ribeiro, Geraldo Rocha, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, ob. cit., pp. 111 e 112.

<sup>91</sup> Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral Do Direito Civil*, ob. cit., pp.241 e 242.



a) *Suprimento da incapacidade dos interditos*

A incapacidade de um interdito é suprida por aquele que é o meio supletivo de suprimento da incapacidade dos menores, de acordo com o art. 124.º do CC e por remissão do art.139.º do CC, ou seja, pelo instituto da representação legal. Assim, a incapacidade do interdito é suprida pela tutela, que por sua vez, é deferida pela ordem indicada no art.143.º n.º1 do CC. Ressalve-se, porém, que esta lista não é imperativa. E isso o demonstra o seu n.º2, que estabelece que o Tribunal pode designar outro tutor, quando “razões ponderosas desaconselhem o deferimento da tutela” às pessoas referidas no n.º1 daquele artigo, uma vez ouvido o conselho de família<sup>92</sup>.

A tutela é composta por três órgãos: pelo tutor,<sup>93</sup> pelo conselho de família e pelo protutor. E com um papel fundamental, neste caso, o tribunal comum, nos termos do art. 140.º do CC.

É fulcral, sobretudo tendo em conta o nosso objecto de estudo, salientar e reforçar o dever específico que recai sobre o tutor, conforme resulta do art. 145.º do CC. Ao tutor cabe-lhe especialmente cuidar da saúde do interdito, podendo inclusive, mediante autorização judicial, alienar bens deste, para esse efeito<sup>94</sup>. Face a este especial dever de cuidado, que envolve “para o tutor, a obrigação de procurar obter a recuperação do

---

<sup>92</sup> Sobre a nomeação como tutor, a directora de uma Instituição Particular de Solidariedade Social, e a respectiva legitimidade desta para recorrer dessa decisão e do internamento compulsivo da interditanda naquela instituição, vide, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 0834971, de 25 de Setembro de 2008, relatado por José Ferraz, disponível no seguinte endereço electrónico, <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/462d23670391ef2c802574eb0034ea1b?OpenDocument&Highlight=0,interdi%C3%A7%C3%A3o>, visitado pela última vez em 10 de Março de 2015.

<sup>93</sup> Sobre as hipóteses de substituição ou remoção de tutor, vide, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º5198/07.4TVLSB.L1-8, de 10 de Dezembro de 2009, relatado por Ana Geraldes, disponível no seguinte endereço electrónico, <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/14660ff030f3629e802576ac0056566c?OpenDocument&Highlight=0,interdi%C3%A7%C3%A3o>, visitado pela última vez em 10 de Março de 2015.

<sup>94</sup> Note-se que o CNECV no seu Parecer 46/CNECV/2005 sobre a objecção ao uso de sangue e de derivados para fins terapêuticos por motivos religiosos, esclarece que os doentes interditos ou com anomalia psíquica “carentes do discernimento necessário não podem considerar-se como tendo competência para assumir decisões sobre cuidados de saúde, pelo que são justificados os actos terapêuticos para os quais não foi obtido consentimento e que se destinam a salvar a sua vida ou prevenir sequelas, designadamente a administração de sangue e hemoderivados”. Porém, “nas situações anteriores deve ser requerida a autorização dos representantes legais, prevalecendo igualmente, em caso de recusa, o dever de agir decorrente do princípio da beneficência, *porquanto aquela autorização não corresponde ao exercício da autonomia, pessoal e indelegável*, sem prejuízo do recurso às vias judiciais quando indicado” (sublinhado nosso). Parecer disponível no seguinte endereço electrónico: [http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273054487\\_P046\\_ParecerTestemunhasJeova.pdf](http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273054487_P046_ParecerTestemunhasJeova.pdf).

interdito”<sup>95</sup>, fica claro, como explicitam Pires de Lima e Antunes Varela, que no caso da interdição seja esse “o fim principal da tutela”<sup>96,97</sup>. A consagração deste dever individualizado num artigo próprio, também permite realçar e, com isso, distinguir-se do regime da inabilitação,<sup>98</sup> que na interdição não há apenas uma incapacidade do interdito gerir o seu património, mas também de governar e se autodeterminar no plano pessoal<sup>99</sup>.

Importa ainda tecer algumas considerações acerca da possibilidade prevista no art.144.º do CC, da tutela recair sobre o pai ou a mãe. Acompanhando de perto, Carvalho Fernandes,<sup>100</sup> este preceito levanta algumas dúvidas de interpretação, quanto a saber se estamos aqui perante uma “tutela específica, atribuindo ao pai-tutor poderes especiais mais amplos do que os do tutor normal” ou se estaríamos perante um progenitor, que embora sendo tutor, continua a exercer as responsabilidades parentais como dantes. Perfilhando a primeira hipótese, o Autor<sup>101</sup> apoia-se desde logo, no argumento segundo o qual a tutela pertence a um só progenitor, e não aos dois, como é a regra no exercício das responsabilidades parentais, que tem como “pressuposto normal a comunidade de vida”, desde logo quanto ao aspecto patrimonial. Quando se dá a ruptura com aquele padrão, ou seja quando o filho se torna maior, há uma distinção clara entre o campo pessoal e patrimonial, porquanto a afectividade que aquele primeiro pressupõe, continua a existir, mas em relação ao campo patrimonial “o progenitor terá os poderes do tutor salvo quanto às limitações ou restrições justificadas pela menor confiança que o legislador deposita no tutor”.

Também Oliveira Ascensão,<sup>102</sup> considera que o art.144.º do CC prevê uma situação de tutela, e não um prolongamento do poder paternal, ainda que seja uma tutela com “contornos de poder paternal, dada a maior intensidade deste”.

---

<sup>95</sup> Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, p.342.

<sup>96</sup> Lima, Pires de / Varela, Antunes, *Código Civil Anotado, ob. cit.*, p.154.

<sup>97</sup> No anteprojecto do CC, constava expressamente que essa era a primeira obrigação do tutor, prevendo-se inclusive a possibilidade de até os bens do tutor poderem ser destinados a esse fim, quando necessário. Costa, Américo de Campos, *“Incapacidade e Formas do seu Suprimento, Anteprojecto do Código Civil”*, *ob. cit.*, p.211.

<sup>98</sup> Todavia, André Dias Pereira entende que apesar do regime da inabilitação ser vocacionado para a protecção do património do incapaz, que a letra da lei deixa alguma margem para o tribunal restringir a capacidade do inabilitado relativamente à prática de alguns actos pessoais, mormente, determinados cuidados de saúde. Pereira, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, ob. cit.*, p.217.

<sup>99</sup> Vasconcelos, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, p. 121.

<sup>100</sup> Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, pp. 342 e 343.

<sup>101</sup> Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, pp.344 e 345.

<sup>102</sup> Ascensão, José de Oliveira, *Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, pp.200 e 201.

## *b) Providências Provisórias*

Sendo o processo de interdição (e o da inabilitação) moroso, pode ocorrer que aquando da decisão final, o efeito útil da acção, já se tenha perdido. Para evitar que isso aconteça, a lei, no art.142.º n.º1 do CC estabelece que em qualquer altura do processo pode ser nomeado um tutor provisório, que devidamente autorizado pelo tribunal celebre determinados actos em nome do interditando, cujo adiamento, poder-lhe-ia causar prejuízos. Por sua vez, se houver necessidade de providenciar de forma mais célere quanto à pessoa e bens do interditando, pode ainda ser decretada a interdição provisória, conforme estatui o art.142.º n.º2 do CC.

Pires de Lima e Antunes Varela,<sup>103</sup> consideram que enquanto no primeiro caso, estamos perante um “tutor ad hoc”, no segundo, o tutor “fica com a competência normal de um tutor até à sua nomeação definitiva ou nomeação de outro”.

Seguindo de perto Geraldo Rocha Ribeiro,<sup>104</sup> estas providências, processualmente previstas no art. 900.º do CPC, ainda que apresentem características próprias das providências cautelares previstas no art. 362.º e seguintes do CPC e o seu regime seja subsidiariamente aplicável, aquelas têm em relação a estas “um cariz especial e autónomo”<sup>105</sup>.

Além destas providências estarem dependentes da acção principal, ainda que possam ser requeridas antes ou depois desta, de acordo com a máxima *fumus boni iuris*, a sua exequibilidade prática atém-se à comprovação de um juízo de incapacidade duradouro, isto é, da existência de uma anomalia psíquica ou física grave que torne provável o decretamento da incapacidade judicial. Ao que acresce a existência de um fundado receio que preveja o sério perigo da situação de incapacidade “pôr em causa de forma grave e irreparável, os seus interesses pessoais e/ou patrimoniais”. Para além de que a medida a adoptar não deve criar um prejuízo maior do que aquele que se pretende evitar, como seja, colocar em causa a capacidade subsistente. Quer dizer, a medida tem de ser proporcional

---

<sup>103</sup> Lima, Pires de / Varela, Antunes, *Código Civil Anotado*, ob. cit., p.150.

<sup>104</sup> Ribeiro, Geraldo Rocha, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, ob. cit., pp.230 e 231.

<sup>105</sup> Desde logo, não têm uma natureza contenciosa e como o interditando não tem legitimidade para iniciar o processo de interdição, também não a tem para desencadear as providências cautelares previstas no art.142.º do CC. *Idem*, p.230.

em sentido estrito, não resultando da ingerência na vida do incapaz um constrangimento superior ao benefício<sup>106</sup>.

Na opinião do Autor<sup>107</sup>, a providência de interdição provisória, deve ser de uma aplicação reduzida ou até nula, na medida em que esta “resulta de uma antecipação dos efeitos da interdição definitiva”, em que não há uma especificação dos actos que o tutor é autorizado a praticar, como ocorre na tutela *ad hoc*<sup>108</sup> e, que por isso, se torna demasiado evasivo. Além de que “difícilmente passará o crivo do juízo de proporcionalidade em sentido estrito”, entendido como a necessidade de os benefícios resultantes da ingerência na vida do incapaz serem superiores aos seus constrangimentos<sup>109</sup>.

Importa ainda dar nota das questões pertinentes que o Juiz Desembargador Emídio Santos coloca a propósito das providências provisórias poderem ser decretadas em qualquer altura do processo. É que de acordo com o art.896.º do CPC, findos os articulados do processo de interdição (ou de inabilitação, não fundada em prodigalidade) procede-se à realização do exame pericial do requerido e, tendo havido contestação, ao seu interrogatório. Nesse sentido, Emídio Santos<sup>110</sup> questiona se as providências podem ser tomadas sem antes terem sido realizadas essas diligências. Certo é, que apenas se recorre a este tipo de providências quando há uma necessidade urgente de providenciar quanto à pessoa e bens do requerido, pelo que o juiz só as pode decretar mediante provas concretas dessa necessidade. Contudo, conclui o Autor, que essas mesmas provas podem ser adquiridas por outros meios, designadamente, através de provas que o requerente tenha apresentado que demostrem a incapacidade do requerido.

Vimos já, que este tipo de providências têm algumas particularidades em relação ao regime das providências cautelares, porém, Emídio Santos, lembrando o art.3.º n.º2 e o art.366.º, ambos do CPC, atinentes ao princípio do contraditório, interroga-se sobre a

---

<sup>106</sup> *Idem*, pp.231 a 233.

<sup>107</sup> *Idem*, pp.235.

<sup>108</sup> O Autor salienta as virtualidades desta tutela, como sendo mais “flexível e concretizável casuisticamente perante as exigências de tutela dos interesses pessoais e patrimoniais”. Aproveitamos para indicar aqui, alguns dos casos que o Autor aponta como possíveis intervenções do tutor *ad hoc*. São eles, entre outros: a colocação da pessoa num lar ou a administração do seu património; o suprimento do consentimento informado relativamente a determinado acto médico, ou mesmo o acto de assegurar determinados cuidados de saúde, com por exemplo, a ministração de medicamentos, que em último termo podem conduzir à desnecessidade de proceder à incapacitação judicial; Ribeiro, Geraldo Rocha, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, *ob. cit.*, pp.236.

<sup>109</sup> Ribeiro, Geraldo Rocha, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, *ob. cit.*, pp.233.

<sup>110</sup> Santos, Emídio, *Das Interdições e Inabilitações, Dos processos especiais*, Quid Juris, Sociedade Editora, 2011, pp.102 e 103.

possibilidade das providências serem decretadas sem prévia audição do requerido. E quanto a esta questão, Emídio Santos considera que, por regra, e muito embora se entenda que estas providências não são “*contra* o requerido mas a *favor* do requerido, a verdade é que as medidas interferem com um direito fundamental dele, devendo, pois, ser ouvido previamente”<sup>111</sup>.

### c) *Administração de bens*

Como última nota, importa ainda salientar que a tutela não exclui a eventualidade da coexistência com o regime da administração de bens, previsto como meio de suprir as responsabilidades parentais, nos casos do art.1922.º do CC, vem regulado nos artigos 1967.º e seguintes do CC, e que por força do art. 139.º do CC, é aplicável aos interditos.

O art.1969.º do CC admite a possibilidade de pluralidade de administradores, que podem ser designado(s) pelo Tribunal, por um terceiro relativamente aos bens que doe ou deixe ao interdito, nos termos do art.1968.º, ou pelos pais, nos termos do art. 143.º n.º1, al. b) e art. 1928.º, por força do art.1967.º, todos do CC <sup>112</sup>.

Conforme resulta do art.1969.º n.º1, in fine, não há uma ordem específica de designação dos possíveis administradores. Esclarece Geraldo Rocha Ribeiro,<sup>113</sup> que “a escolha do administrador é feita atendendo ao nível de competência e aptidão da pessoa para o exercício das funções de administrador e, por isso, pode haver mais do que um administrador consoante o tipo e natureza dos bens em causa”. Finalizando o Autor com a importante reflexão, que convém não esquecer, que o património do interdito deve ser adstrito à satisfação dos seus interesses, cabendo ao tutor o especial dever de cuidado da saúde do interdito, nos termos do art.145.º do CC<sup>114</sup>.

### d) *Valor dos actos praticados pelo interdito*

---

<sup>111</sup> Santos, Emídio, *Das Interdições e Inabilitações, Dos processos especiais*, ob. cit., p. 103.

<sup>112</sup> Ribeiro, Geraldo Rocha, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, ob. cit., pp.221.

<sup>113</sup> *Idem*, pp.222.

<sup>114</sup> Neste sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º3732/2001, de 9 de Abril de 2002, relatado por Hélder Roque, disponível no seguinte endereço electrónico, <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/3154f8d0f3b288c180256ba3003825b6?OpenDocument&Highlight=0,interdi%C3%A7%C3%A3o>, visitado pela última vez em 10 de Março de 2015.

Por remissão, com as necessárias alterações, do art. 139.º do CC para o regime da invalidade por incapacidade dos actos praticados pelos menores, previsto no art.125.º do CC, aos actos praticados pelos interditos, sem representação legal, aplica-se a consequência jurídica da anulabilidade.

i) Actos praticados após o registo da sentença de interdição definitiva

Estatui o art. 148.º do CC, que são anuláveis os actos praticados pelo interdito, após o registo da sua sentença de interdição. Como refere Carvalho Fernandes,<sup>115</sup> é no âmbito destes actos que se verifica uma maior semelhança aos actos praticados pelos menores, pois em boa verdade, “só estes são actos do interdito”. Assim sendo, e por remissão do art. 139.º do CC, aplica-se a estes actos, com as devidas adaptações, o regime do art.125.º do CC. Cabendo às pessoas aí indicadas, ou seja, ao seu representante legal, ao próprio interdito, ou a um qualquer seu herdeiro, nos prazos indicados, ou seja, um ano a contar do conhecimento do negócio, um ano a contar do levantamento da interdição, e um ano a contar da morte do interdito, respectivamente.

Mota Pinto recorda que a anulação não pode ser postergada, através da “alegação de um intervalo lúcido do demente, falta de prejudicialidade do acto ou desconhecimento, pela contraparte, da interdição”<sup>116, 117</sup>.

Todavia, Pires de Lima e Antunes Varela<sup>118</sup> advertem que há excepções à anulabilidade dos actos dos interditos, designadamente, serão válidos os enunciados no art.127.º do CC. Contudo, Carvalho Fernandes relembra que para estes efeitos, para além das devidas alterações a considerar na interpretação do art.127.º do CC, é também necessário ter em conta a causa que está na origem da interdição, afirmando que “em certos casos mais graves de interdição por anomalia psíquica, o alcance da aplicação subsidiária do art.127.º seja quase nulo”<sup>119, 120</sup>.

---

<sup>115</sup> Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, p.336.

<sup>116</sup> Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral Do Direito Civil, ob. cit.*, p.237.

<sup>117</sup>No anteprojecto do CC, escrevia-se que são anuláveis “independentemente de qualquer outro condicionalismo”, justamente para precaver essas situações. Costa, Américo de Campos, *“Incapacidade e Formas do seu Suprimento, Anteprojecto do Código Civil,” ob. cit.*, p.212.

<sup>118</sup> Lima, Pires de / Varela, Antunes, *Código Civil Anotado, ob. cit.*, p.155.

<sup>119</sup> Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, p.336.

<sup>120</sup> Também António Pais de Sousa e Carlos Frias Matias sublinham a necessidade de se avaliar a viabilidade prática destas excepções quando aplicadas aos interditos, e portanto, a alguém que se encontra incapaz de governar a sua pessoa e os seus bens. Entendem os Autores, que só relativamente à al. b) do art.127.º n.º1, se pode admitir, que os interditos possam realizar negócios jurídicos próprios da sua vida corrente, entendidos

ii) Actos praticados no decurso da acção

Dispõe o art. 149.º n.º1 do CC, que são igualmente anuláveis os negócios jurídicos celebrados pelo incapaz depois de anunciada a proposição da acção, desde que se cumpram dois requisitos: que a interdição venha a ser definitivamente decretada e que o negócio jurídico cause prejuízos para o incapaz. Não se compreenderia, quanto a este último requisito, que se anulasse sem mais os negócios jurídicos celebrados pelo incapaz a partir do momento em que é proposta a acção, pois, isso representaria uma inevitável limitação do campo negocial do interdicendo, uma vez que dificilmente alguém quererá celebrar com ele negócios jurídicos, sujeito que estava a vir a ser invalidado<sup>121</sup>.

E é também por este motivo que se resolve uma importante questão que é levantada acerca da interpretação do art. 149.º do CC, que é a de saber a partir de quando se analisa a prejudicialidade do acto, se no momento da sua prática, ou da decisão sobre a anulação. Mota Pinto<sup>122</sup> defende que a interpretação do artigo em causa não pode ser outra que não, reportar-se a eventual prejudicialidade do acto, ao momento da sua prática. Para isso apoia-se não só nas considerações supra referidas, como também no elemento gramatical, “*causou prejuízo*”.

Resolvido o momento a ter em conta para analisar a existência de prejuízo, resta questionarmo-nos sobre quando há prejuízo para o incapaz. E quanto a isto, Mota Pinto, esclarece-nos que relativamente aos negócios onerosos, só será prejudicial se uma pessoa diligente e sensata, numa gestão prudente do seu património, no lugar do incapaz, não o tivesse celebrado. No que concerne aos negócios gratuitos, designadamente, as doações, é entendimento corrente, considerá-las sempre prejudiciais, por implicarem necessariamente “um empobrecimento imediato do doador, podendo eventualmente, por força de ulteriores vicissitudes, causar-lhe grave dano”<sup>123, 124</sup>.

---

estes como uma “actividade puramente mecânica dos interditos, já que estes, na maior parte dos casos, ignoram o valor do dinheiro e das coisas”. Sousa António Pais de / Matias, Carlos Frias de Oliveira, *Da Incapacidade Jurídica dos Menores, Interditos e Inabilitados*, ob. cit., pp.238 e 239.

<sup>121</sup> Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral Do Direito Civil*, ob. cit., p.238.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p.238.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p.238, vide também, Pinto, Carlos Alberto da Mota, “*Valor dos actos jurídicos dos dementes*”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XII, Coimbra, Atlântida Editora, 1965, p.19.

<sup>124</sup> Foi neste sentido que decidiu o Tribunal da Relação do Porto, no seu Acórdão de 14 de Junho de 1954, ao considerar desnecessário a audição de testemunhas para a prova do prejuízo causado pela doação, a um interdito por demência, bastando a “apresentação dos títulos de doação para os actos serem anulados, pois

Caberá ao tutor arguir a anulabilidade, a partir do momento em que tem conhecimento do acto<sup>125</sup>. Mas só poderá avançar depois do registo da sentença, conforme estatui o art. 149.º n.º2 do CC.

iii) Anteriormente à publicidade da acção

De acordo com art. 150.º do CC, os negócios jurídicos que sejam celebrados pelo incapaz antes de anunciada a propositura da acção são regulados pelo regime aplicável à incapacidade acidental, prevista no art. 257.º do CC, no termos do qual, são anulável a declaração negocial feita por quem, por alguma causa, se encontrava acidentalmente incapacitado de entender o sentido dela ou não tenha o livre exercício da sua vontade, desde que o facto seja notório ou conhecido do declaratário, e será, de acordo com o seu n.º2, quando uma pessoa de normal diligência o poderia ter notado<sup>126</sup>. Se assim não for, os actos negociais, são em princípio válidos<sup>127</sup>.

Carvalho Fernandes,<sup>128</sup> relembra que o regime da incapacidade acidental já seria aplicado, não por remissão, mas directamente, à pessoa afectada pela incapacidade, caso a interdição não viesse a ser decretada.

Caberá ao Tribunal, nos termos do art. 901.º n.º1 do CPC, indicar sempre que possível na sentença que decreta a interdição, a provável data de começo da capacidade,<sup>129</sup>

---

sempre de uma liberalidade resulta prejuízo para quem a faz”. Revista dos Tribunais, Ano 73.º, n.º 1683, 1955, p. 84 e seguintes.

<sup>125</sup> Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, p.346.

<sup>126</sup> Neste sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 469/2000.C1, de 10 de Março de 2009, relatado por Jaime Ferreira disponível no seguinte endereço electrónico, <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/9516293afd18655d8025757f0056132a?OpenDocument&Highlight=0,interdi%C3%A7%C3%A3o>, visitado pela última vez em 10 de Março de 2010.

<sup>127</sup> Sobre o ónus da prova que recai sobre o tutor da interdição, de que as suas condições psíquicas à data da celebração da escritura pública de alienação do imóvel, não lhe permitiam o livre exercício da sua vontade ou de entender o sentido da declaração negocial, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º08B3333, de 22 de Janeiro de 2009, relatado por Santos Bernardino, disponível no seguinte endereço electrónico, <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a78337f09b95af6b8025754600571c37?OpenDocument&Highlight=0,interdi%C3%A7%C3%A3o>, visitado pela última vez em 10 de Março de 2010.

<sup>128</sup> Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, p.346.

<sup>129</sup> Sobre o “valor meramente indiciário” da data de começo da incapacidade, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 63/2000.C1, de 11 de Novembro de 2014, relatado por Maria João Areias, disponível no seguinte endereço electrónico, <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/bad9ca24c6e453ec80257daa003ce183?OpenDocument&Highlight=0,interdi%C3%A7%C3%A3o>, visitado pela última vez em 10 de Março de 2010. E sobre a fixação da data do começo da incapacidade, não na data do relatório médico-legal, mas só após o efectivo internamento hospital por só aí se verificar um agravamento das vulnerabilidades físicas e mentais



presumindo-se que a partir de então, a declaração negocial adveio de alguém que se encontrava incapacitada de entender o sentido dela ou desprovido do livre exercício da sua vontade<sup>130</sup>.

Parece também não ser necessário, neste caso a demonstração da prejudicialidade do acto para o incapaz, conforme é exigido para as situações de anulabilidade dos actos durante a pendência do processo<sup>131</sup>.

#### e) *Levantamento da interdição*

Dispõe o art.151.º do CC, que cessando as causas que deram origem à interdição, esta pode ser levantada a requerimento do próprio interdito ou das pessoas com legitimidade para requerer a interdição. Portanto não basta o término da deficiência físico-psíquica que lhe deu causa, é necessário requerer o seu levantamento, nos termos do art. 905.º do CPC<sup>132</sup>. De acordo com o n.º 3 deste último artigo, o levantamento da interdição pode ainda ocorrer não porque tenha cessado completamente a causa que a determinou, mas porque houve um aligeiramento da sua gravidade ou mesmo uma mudança da efemeridade<sup>133</sup> que atinge o interdito, podendo por isso, ser substituída pelo instituto da inabilitação.

## 2) **Inabilitação**

Por ocasião do comentário ao Código de Seabra, Cunha Gonçalves<sup>134</sup> manifestava já, a necessidade que imperava do legislador estabelecer um regime menos gravoso do que o estatuído para a interdição por demência. Referia-se na altura aos casos das pessoas

---

da pessoa, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 444/09.2TBMGL.C1, de 15 de Outubro de 2013, relatado por Carlos Moreira, disponível no seguinte endereço electrónico, <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/52b69eb33870477c80257c22005cc5fc?OpenDocument&Highlight=0,interdi%C3%A7%C3%A3o>, visitado pela última vez em 10 de Março de 2010.

<sup>130</sup> Lima, Pires de / Varela, Antunes, *Código Civil Anotado, ob. cit.*, p.157.

<sup>131</sup> Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral Do Direito Civil, ob. cit.*, p.240.

<sup>132</sup> Carvalho Fernandes argumenta ainda, que o contrário desta solução legal “seria uma incerteza nas relações jurídicas do interdito, não contrabalançada por interesses relevantes, do incapaz, que a justifiquem”. Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, p.349.

<sup>133</sup> Lima, Pires de / Varela, Antunes, *Código Civil Anotado, ob. cit.*, p.158.

<sup>134</sup> Gonçalves, Luiz da Cunha, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português, ob. cit.*, p.634.

fracas de espírito a quem devia ser nomeado um curador e estatuído um regime análogo ao previsto para as situações de prodigalidade nalgumas legislações europeias da época.

No actual Código Civil, foi instituído um regime mais leve, porquanto, em princípio, apenas afecta a capacidade de autodeterminação no campo patrimonial, para aqueles que sofrem das mesmas efemeridades previstas para os casos de interdição, isto é, a anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, que embora de carácter permanente, não os afecta de forma tão grave que justifique a aplicação desse regime.

Quanto a estas efemeridades, existem portanto, dois tipos de solução. Ou são afectados de forma particularmente grave e pode-lhes ser aplicado o regime da interdição, ou as suas deficiências são mais ténues, não os incapacitando de governar suas pessoas e bens, e podem ficar sujeitos ao regime da inabilitação, previsto nos artigos 152.º e seguintes do CC.

Se nos dias de hoje, são formuladas duras críticas e estas opções legais, por representarem uma intrusão demasiado evasiva na liberdade individual das pessoas que sofrem dessas efemeridades, também já na contemporaneidade do Código de Seabra, Cunha Gonçalves<sup>135</sup> se pronunciava sobre o anacronismo destas situações, designadamente, no que dizia respeito aos surdos-mudos.

Por sua vez, admite-se ainda a inabilitação daqueles que pela sua habitual prodigalidade, abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, se mostre, incapazes de reger de forma conveniente o seu património. A prodigalidade, não definida no Código, era descrita pela doutrina como uma “monomania impulsiva, que leva a pessoa a dissipar os seus bens, pelo delírio de ostentação ou douda espécie” e, que por isso, o pródigo ficava incapacitado de administrar os seus bens, visando a interdição, ao contrário do que acontecia com a demência, proteger em primeira linha os interesses da família<sup>136</sup>. Não é hoje assim, pois como sabemos, qualquer que seja a causa que sirva de fundamento, quer à inabilitação, quer à interdição, visa sempre a protecção dos interesses do próprio incapaz.

---

<sup>135</sup> Comentava o Autor, que à data da promulgação do Código de Seabra “já existiam processos pedagógicos para os surdos-mudos aprenderem a ler e a escrever”. E acrescentava que esta opção representava “uma incoerência, porque o legislador, em diversas disposições deste código, admite que os surdos-mudos têm inteligência e vontade”. Gonçalves, Luiz da Cunha, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português, ob. cit.*, p.694.

<sup>136</sup> O que ficava aliás, bem patente, com a exigência que era feita no Código de Seabra, de o pródigo ser casado ou ter herdeiros legitimários. Gonçalves, Luiz da Cunha, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português, ob. cit.*, pp.703 e 706.

Acompanhando de perto Mota Pinto,<sup>137</sup> se a necessidade de prover pela protecção daqueles que de forma injustificada e improdutivo, dissipam os seus bens, de forma a pôr em risco o seu próprio património,<sup>138</sup> não era uma novidade para o ordenamento jurídico português, o mesmo não acontece com a previsão da inabilitação, para aqueles que de forma abusiva consomem álcool ou estupefacientes, tornando-os dependentes e alterando o seu carácter.

Estas causas, à semelhança do que acontece com a interdição, têm se der actuais e permanentes, ao que acresce, a prejudiciabilidade. E serão prejudiciais, quando a pessoa se mostre incapaz de reger convenientemente o seu património<sup>139,140</sup>. Mota Pinto, entende que essa prejudiciabilidade, é independente de já terem ocorrido ou não danos concretos. Opinião que é criticada por António Pais de Sousa e Carlos Frias Matias, por entenderem que sem esses danos, a prova do perigo para o património do pródigo, se tornar de difícil indagação<sup>141</sup>.

Importa ainda acrescentar que tal como acontece na interdição, desde logo, por aplicação deste regime à inabilitação com as devidas alterações, conforme resulta do art. 156.º do CC, a inabilitação está dependente da interposição de uma acção de inabilitação e, da posterior sentença de inabilitação, que fixará em maior ou menor medida a incapacidade. Quer isto dizer, que terão legitimidade para o impulso processual, as pessoas prevista no art.141.º do CC.

A instauração de uma acção de inabilitação não impede o juiz de decretar a interdição, caso a pessoa sofra de alguma das causas que são comuns a esta e considerar que as suas deficiências são mais graves do que o alegado, de acordo com o estatuído no art. 901.º n.º1 do CPC.

---

<sup>137</sup> Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral Do Direito Civil*, ob. cit., pp. 241 e 242.

<sup>138</sup> Carvalho Fernandes dá como exemplo típico de um pródigo, aquele indivíduo que se encontra viciada no jogo. Entende o Autor, que esta causa de inabilitação é relativa, na medida em que a dissipação dos bens pode ser considerado nuns casos ruinoso e, noutros não. Por isso recorda, que o releva é que as despesas “não só esgotem o rendimento, como ponham em risco o próprio capital”. Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p.352.

<sup>139</sup> Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p.353.

<sup>140</sup> No sentido de se atender às concretas despesas efectadas pela pessoa, tendo em conta a natureza das mesmas e o seu capital, que por sua vez, implicam uma dissipação injustificada ou improdutivo dos bens, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 1685/10.5T2AGD.C1, de 19 de Fevereiro de 2013, relatado por Carvalho Martins, disponível no seguinte endereço electrónico, <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/dbb39ce417ac645d80257b340038f2d4?OpenDocument&Highlight=0,interdi%C3%A7%C3%A3o>, visitado pela última vez em 10 de Março de 2015.

<sup>141</sup> Sousa, António Pais de / Matias, Carlos Frias de Oliveira, *Da Incapacidade Jurídica dos Menores, Interditos e Inabilitados*, ob. cit., p.270.

### *a) Efeitos da inabilitação na capacidade de gozo*

Conforme resulta da conjugação dos artigos 153.º e 154.º do CC e do art. 901.º n.º2 do CPC, é ao juiz que cabe determinar a medida da incapacidade de exercício do inabilitado. Embora a inabilitação atinja, a autodeterminação do inabilitado quanto à administração do seu património, o art. 153.º n.º1, in fine, do CC levanta dúvidas quanto à possibilidade de também sofrerem limitações à sua capacidade de gozo<sup>142</sup>. Contudo, no que diz respeito às incapacidades de gozo, é a própria lei que as fixa. Assim, o inabilitado, seja qual for a causa da inabilitação, está impedido de ser tutor,<sup>143</sup> de acordo com o art.1933.º n.º1 do CC, embora no caso da prodigalidade, de acordo com a ressalva do n.º2 daquele artigo, os pródigos possam ser tutores, desde que sejam apenas encarregados da guarda e regência do menor; não pode igualmente fazer parte, enquanto vogal, do conselho de família (art. 1953.º n.º 1 do CC), nem ser administrador de bens (art.1970.º do CC).

Os inabilitados por anomalia psíquica estão ainda impedidos de casar, nos termos do art.1601.º alínea b) do CC, e por sua vez, não têm igualmente capacidade para celebrar convenções antenupciais, de acordo com o art. 1708.º n.º 1 do CC e, por força do n.º2 do mesmo artigo, os restantes inabilitados, carecem de autorização do curador. Bem como se encontram inibidos de pleno exercício das responsabilidades parentais, nos termos do art.1913 n.º1, alínea b) do CC, enquanto os inabilitados por outras causas, de acordo com o n.º2 do mesmo artigo, só se encontram parcialmente inibidos.

### *b) Efeitos da inabilitação na capacidade de exercício*

Estreitamente ligado com a matéria do suprimento da incapacidade, compete-nos analisar aqui de forma breve, as incapacidades de exercício, remetendo maiores desenvolvimentos para o ponto que de imediato se seguirá, sobre os modos do seu suprimento.

---

<sup>142</sup> Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, p.354.

<sup>143</sup> Embora a lei não o diga expressamente, António Pais de Sousa e Carlos Frias de Oliveira Matias, consideram que por esse motivo, também não poderão ser curadores, por aplicação remissiva das normas da interdição, e por sua vez da menoridade. Sousa, António Pais de / Matias, Carlos Frias de Oliveira, *Da Incapacidade Jurídica dos Menores, Interditos e Inabilitados, ob. cit.*, p.271.

No campo da incapacidade de exercício é necessário fazer a distinção entre os actos de disposição de bens entre vivos, que tem de ser autorizados pelo curador, e que vêm especificados na sentença de inabilitação, conforme resulta do art.153.º n.º1 do CC e, os actos de administração, regulados no art. 154.º do CC, que nos termos do seu n.º1, podem ser entregues pelo Tribunal, total ou parcialmente, ao curador.

Explica Carvalho Fernandes,<sup>144</sup> caso o juiz não faça referência a estes actos de disposição na sentença, então deve-se entender que o inabilitado tem plena capacidade para os praticar. Por sua vez, quando a sentença a eles fizer referência, pode o juiz definir que a sua prática fica sujeita à autorização do curador, ou que passará para a esfera de actuação do curador, através do instituto da representação.

### *c) Suprimento da incapacidade do inabilitado*

A incapacidade dos inabilitados é suprida, por via de regra, pelo instituto da assistência, isto é, os seus actos relativos à disposição de bens entre vivos ou quaisquer outros a que a sentença faça referência, têm de ser autorizados por um curador nomeado. Os actos são celebrados pelo próprio inabilitado, “*querendo celebrá-los*, e não pelo curador, que carece de legitimidade para esse efeito”<sup>145</sup>. Não havendo na subsecção IV do CC, normas específicas sobre a nomeação do curador, parece dever-se fazer uso do regime supletivo previsto no art.156.º do CC, para essa matéria<sup>146</sup>.

Todavia, a não autorização por parte do curador pode ser suprida judicialmente de acordo com o art. 153.º n.º2 do CC e do 1001.º do CPC.

Pode porém ocorrer, que sejam atribuídos ao curador, poderes de administração, como resulta do já citado art.154.º. Quando assim é, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, há lugar à constituição do conselho de família, à designação do vogal, que enquanto subcurador, exerce as funções que na tutela cabe ao protutor e, nos termos do seu n.º3, o curador deve prestar contas da sua administração. Nestes casos, a incapacidade do menor não é suprida por via da assistência, mas sim pelo instituto da representação, no qual o curador não se limita a autorizar actos de administração, antes age em nome do

---

<sup>144</sup> Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, pp.356 e 357.

<sup>145</sup> Lima, Pires de / Varela, Antunes, *Código Civil Anotado, ob. cit.*, p.159.

<sup>146</sup> Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, p.357.

inabilitado<sup>147 148</sup>. Geraldo Rocha Ribeiro<sup>149</sup> entende por isso, que quando a sentença prevê poderes de representação ao curador, há entre o curador/representante e o inabilitado, uma relação análoga à do tutor-interdito, o que o legitima a poder orientar a administração do património que lhe foi confiado, para a reabilitação da saúde do inabilitado, tal como é obrigação do tutor em relação ao interdito, por força do art.145.º do CC<sup>150</sup>.

#### *d) Valor dos actos praticados pelo inabilitado*

Para percebermos a validade dos negócios jurídicos celebrados pelo incapaz inabilitado, socorremo-nos da remissão estatuída no art.156.º do CC, para o regime da interdição, aplicando-o com as devidas alterações. Assim, e quanto ao art. 150.º do CC que disciplina o regime aplicável aos actos que foram celebrados anteriormente à publicidade da acção, ensinam-nos Pires de Lima e Antunes Varela,<sup>151</sup> que este artigo dificilmente se compatibiliza com o instituto da inabilitação, uma vez que as causas que podem dar origem à inabilitação não são suficientes para que o inabilitado não entenda o sentido da declaração negocial ou que não possua o livre exercício da sua vontade. Será por isso preciso algo mais do que se encontrarem preenchidos esses requisitos exigidos para a incapacidade accidental, prevista no art. 257.º do CC.

Relativamente aos actos praticados pelo inabilitado no decurso da acção, é aplicável o estatuído no art.149.º e 125.º, ambos do CC, pelo que são anuláveis, desde que pertençam ao núcleo de actos que o inabilitado ficou impedido de realizar sem autorização do curador ou sem a representação deste, atendendo ao facto de ser o juiz que delimita o âmbito da incapacidade daquele na sentença<sup>152</sup>.

Por sua vez, são igualmente anuláveis, por aplicação do art.148.º e 125.º, ambos do CC, os actos praticados pelo inabilitado depois do registo da sentença de inabilitação.

---

<sup>147</sup> Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p.358.

<sup>148</sup> Pires de Lima e Antunes Varela, apontam ainda a possibilidade do curador intentar acção simples de separação judicial de bens, nos termos do art. 1769.º n.º3 do CC e de representar, de acordo com o art. 2082.º n.º2 do CC, o inabilitado como cabeça-de-casal. Lima, Pires de / Varela, Antunes, *Código Civil Anotado*, ob. cit., p.159.

<sup>149</sup> Geraldo Rocha, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, ob. cit., pp.127 e 128.

<sup>150</sup> Em sentido contrário, Pires de Lima e Antunes Varela consideram que o art.145.º do CC, não é de todo aplicável ao regime da inabilitação. Lima, Pires de / Varela, Antunes, *Código Civil Anotado*, ob. cit., p.160.

<sup>151</sup> Lima, Pires de / Varela, Antunes, *Código Civil Anotado*, ob. cit., pp.160 e 161.

<sup>152</sup> Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p.358.

### e) *Levantamento da Inabilitação*

Da leitura do art. 155.º do CC, apercebemo-nos que por um lado, estabelece-se um “não prazo”, para as causas de incapacidade que são comuns à interdição e à inabilitação, ou seja, à anomalia psíquica, surdez-mudez e cegueira e, por outro, um prazo de 5 anos, para as causas que são específicas da inabilitação, a prodigalidade, o abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes. Conforme ensinam Pires de Lima e Antunes Varela,<sup>153</sup> a fixação deste prazo “explica-se pela necessidade prática de submeter a uma prova real duradoura a cessação da causa ou a cura do vício que determinou a inabilitação”. Por sua vez, Carvalho Fernandes, recorda que o facto de ser levantada a inabilitação, não significa necessariamente que tenha cessado a situação de incapacidade do inabilitado, pois pode dar-se o caso de esta se ter agravado, e constituir fundamento de interdição (cfr. 905.º n.º3 do CPC). Bem como, pode acontecer que a causa da incapacidade tenha sofrido uma melhoria e nesse caso o inabilitado poderá beneficiar de um “um regime mais *brando*, implicando, quer a redução dos actos abrangidos na incapacidade, quer um regime de suprimento mais favorável (assistência em vez de representação)”<sup>154</sup>.

Quanto às restantes causas, comuns à interdição, a inabilitação cessará, quando cessar a causa que a originou.

## V) ALTERNATIVAS À INTERDIÇÃO E À INABILITAÇÃO NOS SISTEMAS JURÍDICOS EUROPEUS

Num olhar sobre a Europa encontramos diferentes alternativas às tradicionais formas de protecção dos incapazes adultos, ao arrepio, aliás, daquela que foi a Recomendação do Conselho da Europa n.º (99) 4,<sup>155</sup>.

A solução francesa traduz-se na *sauvegarde de justice*, destinada às situações em que as pessoas por doença ou deficiência, ou ainda por serem mais idosas, têm as suas faculdades mentais alteradas, procurando responder a situações temporárias, e não

---

<sup>153</sup> Lima, Pires de / Varela, Antunes, *Código Civil Anotado, ob. cit.*, p.160.

<sup>154</sup> Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, p.359.

<sup>155</sup> Disponível no seguinte endereço electrónico, [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts\\_and\\_documents/Rec\(99\)4E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec(99)4E.pdf).

implicando uma incapacitação total, mas só limitada. Embora possa funcionar provisoriamente, para as situações duradouras<sup>156</sup>. Pode ser instaurada pelo médico que assiste a pessoa, (sendo nesse caso facultativa, e *obrigatória* quando a pessoa se encontra em “hospital psiquiátrico ou privado que faça parte de uma lista determinada pela administração de saúde pública”<sup>157</sup>) ou pelo juiz, de forma cautelar, quando corra uma acção de instauração de tutela ou de curatela,<sup>158</sup> com as quais pode coexistir<sup>159</sup>. A pessoa sujeita à medida, pode constituir mandato para a administração dos seus bens, porém pode também ser definido um “mandato judicial”, que só vigorará quando não forem realizados os actos conservatórios do seu património pelas pessoas legalmente obrigadas, ou quando não vigorem as regras da gestão de negócios<sup>160</sup>. O “mandato judicial”, desempenhado por um “mandatário especial” é pois o último recurso por implicar a incapacidade da pessoa e deve actuar de acordo com um “bom pai de família”<sup>161</sup>. A *sauvegarde de justice* cessa com a instauração da tutela ou da curatela, por falta de renovação médica, ou por declaração médica em contrário, ou ainda por “cancelamento officioso da inscrição pelo Procurador, quando considere que já não se justifica o regime de protecção”<sup>162</sup>.

Na Áustria a *Sachwaalterschaft*, aplica-se às pessoas maiores que por doença ou deficiência mental, não se encontram em condições de gerir os seus assuntos, competindo ao interessado, o início do processo, embora possa intervir a autoridade judiciária, quando existam “fundados motivos” para proteger a pessoa<sup>163</sup>. Cabe ao juiz determinar o âmbito de incapacidade da pessoa, podendo verificar-se três situações se assistência do *Sachwalter*: para todos os assuntos ou um único assunto, ou para um determinado conjunto de tarefas<sup>164</sup>. A pessoa mantém, porém, a sua capacidade e autonomia para a celebração de negócios dos quais não resultem a necessidade de cumprimento de obrigações, bem como

---

<sup>156</sup> Vítor, Paula Távora, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 171 e 184 a 186.

<sup>157</sup> *Idem*, p. 189.

<sup>158</sup> Geraldo Rocha, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, *ob. cit.*, p.316.

<sup>159</sup> Vítor, Paula Távora, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, *ob. cit.*, p. 171.

<sup>160</sup> Vítor, Paula Távora, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, *ob. cit.* p. 181.

<sup>161</sup> *Idem*, pp. 186 e 201.

<sup>162</sup> *Idem*, p. 207.

<sup>163</sup> *Idem*, pp.170 e 174.

<sup>164</sup> Geraldo Rocha, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, *ob. cit.*, p.292.



para os actos quotidianos de satisfação das necessidades familiares<sup>165</sup>. A *Sachwaalterschaft*, está sujeita é regularmente avaliada pelo Tribunal, só cessa por morte da pessoa a quem se destina ou por deixarem de existir os motivos que levaram à sua instituição, e o *Sachwalter*, tem de apresentar anualmente um relatório das actividades<sup>166</sup>. No ordenamento jurídico alemão foi introduzido a *Betreuung*, destinando-se aos que padeçam de uma deficiência física ou psíquica ou fraqueza de espírito, independentemente da sua gravidade, aplicando-se quando haja necessidade de proteger os interesses da pessoa, e atendendo-se à vontade da própria para a constituição da *Betreuung*, bem como para a nomeação do *Betreuung*, e dos poderes que lhe cabem<sup>167</sup>. Porém os poderes do *Betreuung*, serão sempre funcionalizados às reais necessidades do beneficiário, e a fixação das suas funções é sempre indeterminada, “podendo ir desde o simples acompanhamento até à representação legal”<sup>168</sup>. Têm legitimidade activa para dar início ao processo, a própria pessoa que precisa de protecção ou pode ser ordenada oficiosamente<sup>169</sup>. Pelo facto da *Betreuung*, não pressupor uma perda imediata da capacidade de agir, o *Betreuung*, actua subsidiariamente, ou seja não se justifica a sua intervenção nas situações para as quais a pessoa tem capacidade para a orientar a sua vida e se autodeterminar<sup>170</sup>. Contudo essa circunstância pode gerar uma “dupla competência entre *Betreuer* e a pessoa protegida”, no qual valerá, à partida, o acto primeiramente realizado, a menos que ele subsista por si ou o juiz tenha criado uma “reserva de autorização prévia”, onde a capacidade do beneficiário para determinados actos está sujeita à autorização do *Betreuer*<sup>171</sup>.

Por fim, na Itália foi adoptada a *amministrazione de sostego*, pela Lei n.º 6 de 0 de Janeiro de 2004, concebida como modelo de “protecção global do incapaz”, que pode o ser por razões de ordem física ou psíquica, e que não têm de ter necessariamente carácter duradouro<sup>172</sup>. É um modelo que coexiste com as tradicionais interdição e inabilitação, e que assegura não só a administração do património do incapaz como o seu cuidado,

---

<sup>165</sup> Vítor, Paula Távora, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, ob. cit., p. 184.

<sup>166</sup> *Idem*, pp. 203, 204, 208.

<sup>167</sup> Geraldo Rocha, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, ob. cit., pp.298 e 303.

<sup>168</sup> Geraldo Rocha, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, ob. cit., p.309.

<sup>169</sup> Vítor, Paula Távora, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, ob. cit. p.175.

<sup>170</sup> Geraldo Rocha, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, ob. cit., p.304.

<sup>171</sup> Vítor, Paula Távora, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, ob. cit., pp.199 e 200.

<sup>172</sup> Geraldo Rocha, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, ob. cit., pp.328 e 329.

adequando-se às suas necessidades. Fica também assim abrangida pela *amministrazione de sostego*, a possibilidade do suprimento do consentimento para intervenções médicas<sup>173</sup>. Ao beneficiário é-lhe dada a possibilidade de indicar de forma antecipada o seu *amministratore*, cabendo ao tribunal definir os poderes deste como representativos ou de assistência. O Tribunal assume igualmente um papel activo, na medida em pode modificar ou fazer cessar a *amministrazione*, bem como supervisionar a actuação do *amministratore*<sup>174</sup>.

## VI) CONCLUSÃO CRÍTICA QUANTO AOS INSTITUTOS DA INTERDIÇÃO E DA INABILITAÇÃO

Após a análise dos dois institutos tradicionalmente previstos e vocacionados para proteger e suprimir a incapacidade daqueles que por alguma deficiência física ou psíquica se encontram impossibilitados de gerir a sua vida, autogovernando-se e autodeterminando-se, sejam as causas incapacitantes mais ou menos graves, apercebemo-nos da desadequação, amplamente referida pela doutrina, destes institutos perante as reais necessidades das pessoas.

Estes “regimes especiais de protecção”<sup>175</sup> são na realidade “procedimentos pesados”<sup>176</sup> demasiado evasivos e inflexíveis, além de que as “acções são processualmente demoradas e algo burocratizadas”<sup>177</sup>. A isto acresce o efeito estigmatizante que gera o cumprimento do art. 892.º do CPC, com a afixação de editais no tribunal e na sede da junta de freguesia da residência fazendo referência ao início do processo, bem como o anúncio deste num dos jornais mais lidos da circunscrição judicial da pessoa. Este regime de publicidade é especialmente perverso se pensarmos, que o eventual levantamento da incapacidade implica “fazer todo o processo em sentido contrário, cumprindo essencialmente os mesmos actos”,<sup>178</sup> além de que a pessoa pode nem sequer vir a ser considerada incapacitada.

---

<sup>173</sup> *Idem*, pp.330 a 332.

<sup>174</sup> *Idem*, pp.334 a 336.

<sup>175</sup> Vasconcelos, *Pedro Pais de, Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, p.117.

<sup>176</sup> Oliveira, Guilherme de, “*Saúde Mental e Direito*”, *ob. cit.*, p.6.

<sup>177</sup> Pereira, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...*, *ob. cit.*, p.215.

<sup>178</sup> Oliveira, Guilherme de, “*Saúde Mental e Direito*”, *ob. cit.*, p.7.

Se relativamente à inabilitação há uma maior maleabilidade na fixação da extensão da incapacidade da pessoa, uma vez que esta apenas se torna incapaz quanto aos actos expressamente previstos na sentença que decretar a inabilitação, no que respeita à interdição a desadequação é gritante. Desde logo, para além do instituto da interdição se traduzir numa incapacidade geral de agir, também atinge, pelo menos quanto aos que sofrem de anomalia psíquica, a sua capacidade de gozo que os impede de realizar importantes actos de natureza pessoal, como sejam, casar, perfilhar ou testar.

Conforme nota Raúl Guichard Alves<sup>179</sup> é urgente “repensar o instituto na sua concepção e orientações”, pois se é certo que entre “a protecção de um homem e a sua liberdade existe um antagonismo incontornável”, a “disciplina legal não pode ir além do necessário, do concretamente exigido pelo interesse do incapaz”.

A nosso ver, não se compreende como é que uma pessoa que sofra de surdez-mudez e, sobretudo, de cegueira, independentemente da gravidade (que aqui se pressupõe que não sendo essas deficiências acompanhadas de outra patologia, o máximo da gravidade, seja não possuir de todo algum daqueles sentidos) possa ser interdita de reger os seus bens (uma vez que relativamente aos actos pessoalíssimos a interdição afecta sobretudo os que sofram de anomalia psíquica) quando e, felizmente, o exemplo que temos, designadamente, no que respeita à cegueira, é que as pessoas que sofrem dessa patologia movimentam-se diariamente com quase total, se não, total autonomia.

É paradoxal que as sociedades evoluam, e com elas os conhecimentos técnicos e científicos que permitem devolverem às pessoas alguma (ou total) autonomia e qualidade de vida que eventualmente possam ter perdido em razão da deficiência e, que estes instrumentos jurídicos permaneçam inalterados.

O mesmo se diga relativamente às outras causas incapacitantes, que conforme nota André Dias Pereira<sup>180</sup> “não atendem à variação das capacidades intelectuais, emotivas e volitivas dos doentes psiquiátricos dos nossos dias”.

Assertivamente, João de Oliveira e Silva,<sup>181</sup> já por ocasião do Código de Seabra, realçava a suma importância da cautela na aferição de eventuais estados demenciais, e sobretudo no seu tratamento. O Autor explicava como seria injurioso para a personalidade

---

<sup>179</sup> Alves, Raúl Guichard, “*Alguns Aspectos do Instituto da Interdição*”, *ob. cit.*, p.132.

<sup>180</sup> André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...*, *ob. cit.*, p.149.

<sup>181</sup> Silva, José de Oliveira e, “*O Homem e as suas perturbações mentais no direito civil português*”, *ob. cit.*, p.107.

daqueles que tendo acesso a tratamentos que permitiam a sua “reabilitação clínica e pessoal”, que se recorre-se sem mais à interdição. Apontava o Autor, a “atitude desdenhosa e de repulsa que a sociedade, em geral, manifesta em relação aos indivíduos mentalmente perturbados”, profundamente atentatória da sua dignidade humana, como um motivo para a eventual tentação de optar pela declaração da incapacidade civil dos doentes mentais. Concluía o Autor, pelo necessário respeito que se deve ter por este tipo de doentes, pois não vá “ferir-se injustamente, e com todo o cortejo de consequências funestas, individuais e sociais, o bloco restante das funções psíquicas mais ou menos intactas”.

Para Paula Távora Vítor,<sup>182</sup> a disciplina jurídica respeitante às pessoas com capacidade diminuída deve resultar da dialética entre a “protecção” e “promoção da autonomia”. A tendência do legislador para partir da protecção é na opinião da Autora, “um contra-senso”. Por respeito aos direitos fundamentais das pessoas, a protecção deve ser a excepção à regra da autonomia. Aquela dialética é sustentada pela determinação da incapacidade, que nunca é simples, pois não existe uma ideia estática de incapacidade, mas sim várias “ancoradas nomeadamente em diferentes situações de ‘doença mental’”<sup>183</sup>.

Fica pois, claro, que os actuais contornos dos institutos em análise, e sobretudo, o da interdição, dificilmente se harmonizam com os desenvolvimentos e progressos quer a nível da ciência psiquiátrica,<sup>184</sup> para a qual, a deficiência mental é encarada como algo potencialmente reversível, por respeito ao princípio de reabilitação,<sup>185</sup> quer a nível farmacológico e tecnológico, que permite às pessoas com determinadas deficiências recuperarem a qualidade de vida e, assim, a conduzirem de acordo com os seus intentos, sem que aquelas mesmas deficiências limitem a capacidade de se autodeterminarem.

---

<sup>182</sup> Vítor, Paula Távora, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, *ob. cit.*, pp. 14 a 16.

<sup>183</sup> Vítor, Paula Távora, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, *ob. cit.*, pp. 20 e 21.

<sup>184</sup> Ana Sousa, José Amaral e André Dias Pereira, pronunciam-se sobre a mudança que se verificou no paradigma do tratamento de doentes psiquiátricos, procurando alertar para as fragilidades das instituições no que respeita à prevenção do suicídio destes doentes, problema grave para o qual Portugal tardiamente despertou. O tratamento destes doentes passou de uma hospitalização em regime fechado para um regime de “porta aberta”, onde os doentes têm liberdade para se movimentar dentro das instalações hospitalares. Sousa, Ana / Amaral, José / Pereira, André Dias, “*O Suicídio dos Doentes Psiquiátricos e os Deveres de Cuidado das Instituições de Saúde Mental*”, *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 10, n.º 20, 2013, pp.77 e seguintes.

<sup>185</sup> Vítor, Paula Távora, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, *ob. cit.*, p.24.

Porém, como refere Guilherme de Oliveira,<sup>186</sup> apesar de ser comumente assente que as “formas radicais de incapacitação não são precisas nem convenientes”, a falta de tempo ou de pressão social não estimulam as entidades públicas, a combaterem esta passividade.

A reforma destes institutos afigura-se, pois, premente e necessária. Imprescindível é que a disciplina atinente às incapacidades se arquitecte, aliás, como qualquer outra matéria, por respeito ao princípio fundante da dignidade da pessoa humana, matriz da CRP, previsto logo no seu artigo primeiro, bem como no da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Princípio este, que não deixa dúvidas quanto ao facto da Constituição se enraizar numa “base antropológica”,<sup>187</sup> garante de um conjunto de direitos fundamentais, designadamente, de direitos liberdades e garantias, nos quais se incluem, nos termos do art.26.º n.º1 da CRP, o direito ao desenvolvimento da personalidade e à capacidade civil, ou seja, de direitos de personalidade<sup>188</sup>. Parafrazeando os Professores Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito ao desenvolvimento da personalidade “constitui um direito subjectivo fundamental do indivíduo, garantindo-lhe um *direito à formação livre da personalidade* ou *liberdade de acção* como sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória, e um *direito de personalidade* fundamentalmente garantidor da sua esfera jurídico-pessoal e, em especial, da *integridade* desta”<sup>189</sup>.

Por sua vez, importa acrescentar, que por força do art.18.º n.º2 da CRP, qualquer restrição<sup>190</sup> a estes direitos tem de passar o crivo do princípio da proporcionalidade, que por sua vez, se desdobra em três princípios fundamentais: o princípio da adequação, isto é, a restrição legal têm de ser adequada a cumprir os fins visados pela lei; o princípio da necessidade ou exigibilidade, segundo o qual, a restrição só é admissível, por não existirem outros meios legais menos onerosos de o fazer; e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a restrição tem de ser proporcional ao fim obtido, e não excessiva<sup>191</sup>.

---

<sup>186</sup> Oliveira, Guilherme de, “*Saúde Mental e Direito*”, *ob. cit.*, p.7.

<sup>187</sup> Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição (4.ª reimpressão), Almedina, Coimbra, p.248.

<sup>188</sup> Canotilho, José Joaquim Gomes / Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, p.461.

<sup>189</sup> José Joaquim Gomes / Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *ob. cit.*, p.463.

<sup>190</sup> Saliente-se que estas matérias, nos termos do art. 165.º da CRP, são da competência relativa da Assembleia da República, podendo esta autorizar o Governo a regulá-las. *Idem*, pp.395 e 396.

<sup>191</sup> *Idem*, pp.392 e 393.

Note-se por fim, que se no plano da administração do património o estado das coisas se mantém inalterado, no que respeita aos cuidados de saúde, têm sido dados alguns passos, e feitas algumas evoluções, designadamente no que respeita à valorização das manifestações antecipadas de vontade, que procuraremos abordar de seguida.

## **VII) DIRECTIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE**

Chegados aqui, e após termos tido oportunidade de analisar os meios legais previstos para superar as dificuldades dos adultos que encontrando-se já com algum nível de deficiência física ou psíquica, não gozam de total capacidade para se autodeterminarem, sobretudo no que respeita a questões patrimoniais, embora, como vimos, a incapacidade possa abranger actos pessoalíssimos e, depois de lhes termos dirigido, como a generalidade da doutrina, as respectivas críticas, procuraremos agora analisar as opções que o ordenamento jurídico dá àqueles (adultos) que ainda não sendo incapazes nem estando interditos ou inabilitados por anomalia psíquica, desejam manifestar a sua vontade quanto aos cuidados de saúde que pretendem ou não receber, num futuro em que não se encontrem em condições de o fazer.

A possibilidade de manifestar essa vontade é especialmente relevante para as pessoas que sofrem, por exemplo, da doença de Alzheimer, bem como de outras doenças neuro-degenerativas, como começámos por apontar no início do nosso estudo. Algumas delas, são consequência do aumento da esperança média de vida que as sociedades hodiernas nos proporcionam, mas que nem sempre é vivido até ao fim com a qualidade que se desejaria.

Um outro grupo de indivíduos para os quais a possibilidade destas manifestações podem assumir especial importância, é para aqueles que seguem um determinado credo religioso (como as testemunhas de Jeová<sup>192</sup>) e que, como tal, têm determinadas convicções e princípios que podem chocar com algumas práticas médicas, mesmo que estas sejam imprescindíveis para evitar sérios danos na saúde dos mesmos, ou até mesmo, a morte.

O extraordinário avanço da medicina, paralelamente à superação do paternalismo médico que vigorou durante muito tempo nas relações entre o médico e o paciente, foi

---

<sup>192</sup> Loureiro, João Carlos, “Saúde no Fim da Vida: entre o amor, o saber e o direito”, in *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º4, 2008, p.76.

interiorizando um pouco por toda a Europa, a necessidade de obviar por um maior respeito pela autonomia do paciente e, conseqüentemente, pelo seu direito a prestar um consentimento de forma informada e esclarecida. Um exemplo dessa consciencialização partiu do Conselho da Europa que encomendou ao Professor Roberto Andorno, do Instituto de Ética Biomédica da Universidade de Zurich, um estudo<sup>193</sup> sobre a importância e as concepções de eficácia de documentos que contenham directivas antecipadas, nos diferentes sistemas jurídicos nacionais, com a preocupação de explorar as principais preocupações levantadas por estes documentos, bem como a viabilidade de um consenso alargado sobre estas questões no seio da Europa. Estudo este, que foi apresentado em 2008 em Estrasburgo.

Do estudo resultou, que há altura, o mapa da Europa dividia-se entre os países que tinham leis que atribuíam uma força vinculativa às directivas antecipadas, aqueles cujas leis não atribuíam essa força vinculativa, aqueles que não possuíam legislação específica sobre estas questões, mas que têm intenção de a introduzir com alguma brevidade, atribuindo-lhe um efeito vinculativo, e por fim, aqueles, entre os quais se incluía Portugal, que não tinham lei específica nem planos de o fazer, num futuro próximo.

As conclusões do estudo foram claras quanto ao facto dos países envolvidos reconhecerem a importância que as directivas antecipadas podem assumir nos cuidados de saúde. E que embora as diferentes visões sobre a matéria, resultem das diversas tradições jurídicas, culturais e sociais, o art.9.º da Convenção de Oviedo, representa um importante impulso na construção de um entendimento comum nestas matérias.

Entre nós, a Lei n.º25/2012 de 16 de Julho vem responder aos anseios há muito existentes, embora não isentos de alguma divergência, da criação de uma disciplina que protege-se as pessoas nas condições supra referidas. A referida Lei vem, assim, regular as Directivas Antecipadas de Vontade, designadamente sob a forma de Testamento Vital, a nomeação de Procurador de Cuidados de Saúde e a criação do Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV). Assim, pelo conceito de DAV o legislador abrange quer o

---

<sup>193</sup> Report to the Council of Europe based on the 18-22 June 2008, “Exploratory Workshop on Advance Directives”, disponível no seguinte endereço electrónico, [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/09\\_End%20of%20Life/CDBI\\_2008\\_29%20Andorno%20e.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/09_End%20of%20Life/CDBI_2008_29%20Andorno%20e.pdf).

testamento vital quer a figura do PCS, regulando no capítulo II da Lei, aspectos que são comuns a ambos<sup>194,195,196</sup>.

Vejamos então, em que consistem as DAV e o caminho percorrido para chegar à redacção final da lei que as disciplina, que como refere André Dias Pereira,<sup>197</sup> é o resultado do “amadurecimento do debate científico e político” que “chegou a ser apresentada na opinião pública como um tema fraturante”.

O trilho para chegar a esta lei, e com a redacção que lhe conhecemos, não deixou de ser, sinuoso. À Associação Portuguesa de Bioética ficou-se a dever um Projecto de Diploma n.º P/06/APB/06,<sup>198</sup> <sup>199</sup> apresentado à Assembleia da República, que regula o exercício do Direito a Formular Directivas Antecipadas de Vontade no âmbito da Prestação de Cuidados de Saúde e cria o correspondente Registo Nacional.

Em 2009, foi apresentado no plenário da Assembleia da República, pelo Partido Socialista, o Projecto de Lei n.º788/X sobre os “direitos dos doentes à informação e ao consentimento informado”, sobre o qual o CNECV<sup>200</sup> foi chamado a emitir parecer, ainda que o projecto já tivesse sido aprovado na generalidade.

---

<sup>194</sup> Pereira, André Gonçalo Dias, “*Directivas Antecipadas de Vontade em Portugal*”, in *Julgar*, Número Especial, Coimbra Editora, 2014, p.289 (nota 7).

<sup>195</sup> Por sua vez, Paula Távora Vítor, entende que o capítulo II da Lei não foi configurado pelo legislador como “um repositório de ‘disposições gerais’, aplicáveis aos dois instrumentos”. Vítor, Paula Távora, “*O apelo de Ulisses- o novo regime do Procurador de Cuidados de Saúde na Lei Portuguesa*”, in *Julgar*, Número Especial, 2014, p.233.

<sup>196</sup> Para Laura Santos, as DAV, deveriam na verdade, ser designadas por Directivas Antecipadas de Tratamento, para que se percebesse de forma imediata de que não são a manifestação de uma vontade qualquer, mas sim, uma vontade concreta relativa a tratamentos. Santos, Laura Ferreira dos, *Testamento Vital - O que é? Como elaborá-lo?*, 1.ª edição, Porto Editora, 2011.

<sup>197</sup> Pereira, André Gonçalo Dias, “*Directivas Antecipadas de Vontade em Portugal*”, *ob. cit.*, p.302.

<sup>198</sup> Relatório por Helena Melo e Rui Nunes, disponível no seguinte endereço electrónico: [http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802554221200319873p\\_06\\_apb\\_06\\_testamento\\_vital.pdf.pdf](http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802554221200319873p_06_apb_06_testamento_vital.pdf.pdf).

<sup>199</sup> Posteriormente, em 2009, pelo Projecto de Diploma n.º P/16/APB/09, que regula o exercício do Direito a Formular Directivas Antecipadas de Vontade no âmbito da Prestação de Cuidados de Saúde e cria o correspondente Registo Nacional, foram feitas algumas alterações ao Projecto de Diploma n.º P/06/APB/06, designadamente: no art. 4.º, foi introduzida a al. a), exigindo que as pessoas que manifestem antecipadamente a sua vontade sejam adultas; no art.5.º, foi introduzida a al. c), prevendo que no documento das DAV possam ser inseridas disposições que expressem a vontade do outorgante não ser submetido a tratamentos fúteis, inúteis e desproporcionados, que apenas visem retardar o processo natural de morte; no art. 6.º n.º2 al a), retirou-se a referência à dispensa das testemunhas; no art.11.º, acrescentou-se o n.º7, referindo que a eficácia vinculativa das DAV depende, nomeadamente, da participação de um médico no esclarecimento cabal do outorgante sobre o alcance da decisão de elaborar um testamento de paciente ou de nomear um procurador de cuidados de saúde; e por fim, no art.17.º n.º4, suprimiu-se a referência à maioria necessidade das decisões serem tomadas por maioria, quando existam mais do que um procurador de cuidados de saúde e exerçam os respectivos poderes de representação de forma simultânea. Disponível no seguinte endereço electrónico: [http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802529311273053917parecer\\_16\\_testamento\\_vital\\_2009.pdf](http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802529311273053917parecer_16_testamento_vital_2009.pdf).

<sup>200</sup> Foi o Parecer n.º 57/CNECV/09, disponível no seguinte endereço electrónico: [http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273053812\\_P057\\_CNECV.pdf](http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273053812_P057_CNECV.pdf).



Foram ainda apresentados vários Projectos de Lei pelos diferentes partidos políticos e, alguns deles caíram em 2011, por razões de oportunidade política,<sup>201</sup> embora tenham sido a base, para uma vez retomados os trabalhos, prosseguir o necessário debate destes temas. Sobre estes Projectos Lei, pronunciou-se o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), no seu Parecer 59/CNECV/2010,<sup>202</sup> que em muito contribuiu para o bom termo do debate<sup>203</sup>.

Se é certo que as DAV se fundam no respeito pelo princípio da autonomia da pessoa, também não é menos verdade que o direito à autodeterminação, designadamente, em matéria de saúde, não se encontra expressamente previsto na nossa CRP. No entanto, é sempre invocável, independentemente de outros preceitos constantes na legislação nacional, as normas e os princípios de direito internacional que fazem parte integrante do direito português, nos termos do art.8.º da CRP. Bem assim, a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, aberta à assinatura em Oviedo, a 4 de Abril de 1997, e aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro, que estabelece no seu art. 9.º que “a vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta”. Também a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, prevê no seu art. 3.º sobre a epígrafe “Direito à integridade do ser humano”, no n.º 2, o dever de respeito que deve existir no domínio da medicina pelo “consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei”<sup>204</sup>.

---

<sup>201</sup> Razões que se predem com a dissolução da Assembleia da República, conforme repara André Gonçalo Dias Pereira, indicando os Projectos de Lei em causa. Foram os Projectos de Lei: n.º 413/XI/2.ª, relativo ao Direito dos doentes à informação e ao consentimento informado; o n.º 414/XI/2.ª, que regula o direito dos cidadãos a decidirem sobre a prestação futura de cuidados de saúde, em caso de incapacidade de exprimirem a sua vontade, e cria o RENtev (Registo Nacional de testamento vital); o n.º 428/XI, relativo às Declarações Antecipadas de Vontade; e por fim, o n.º 429/XI/2.ª que regula as Declarações Antecipadas de Vontade em matéria de testamento vital e nomeação de Procurador de Cuidados de Saúde e procede à criação do Registo Nacional do testamento vital. André Gonçalo Dias Pereira, *Diretivas Antecipadas de Vontade em Portugal*, Julgar, Número Especial, Coimbra Editora, 2014. pp. 299 e 300 (e nota 54).

<sup>202</sup> Cujos relatores são Helena Melo e Rui Nunes, disponível no seguinte endereço electrónico: [http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1293115760\\_Parecer%2059%20CNECV%202010%20DAV.pdf](http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1293115760_Parecer%2059%20CNECV%202010%20DAV.pdf).

<sup>203</sup> Pereira, André Gonçalo Dias, “*Diretivas Antecipadas de Vontade em Portugal*”, *ob. cit* p.298.

<sup>204</sup> Joaquim Correia Gomes não deixa de notar com surpresa, o facto de a Carta remeter para a lei a disciplina do consentimento informado, podendo dar a entender que seria deixado à discricionariedade cada Estado a implementação da disciplina do consentimento informado. Contudo o Autor conclui que não é disso que se trata, apontando para tal, quatro motivos. A primeira é a referência que é feita ao caso Holanda v. Parlamento Europeu e Conselho (C-377/98) de 9 de Outubro de 2001, que se pronunciou no sentido do direito à integridade da pessoa compreender o consentimento livre e esclarecido, no relatório explicativo da Carta. Além disso esse mesmo relatório explicativo é já uma exteriorização dos princípios existentes na CDHBio.

Porém, a tutela deste direito à autodeterminação nos cuidados de saúde, para além do capital princípio da dignidade da pessoa humana, resultaria sempre, de outros direitos constitucionalmente consagrados, como sejam, o direito à integridade pessoal, previsto no art. 25.º da CRP, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, previsto no art. 26.º, 1.º parte da CRP, o direito à liberdade de consciência, de religião e de culto, previsto no art. 41.º da CRP,<sup>205</sup> e o art. 64.º da CRP, que consagra o direito de todos à protecção da saúde, bem como ao dever de a defender e promover<sup>206</sup>.

### 1) Eficácia vinculativa das DAV

Ao longo do percurso de discussão e debate sobre a importância de ser reconhecido aos doentes capazes a possibilidade de manifestarem a sua vontade, admitindo ou recusando determinada intervenção médica ou terapêutica, por respeito ao seu direito de autodeterminação nos cuidados de saúde, com base num consentimento livre e esclarecido, que culminou na consagração legislativa das DAV, a doutrina dividia-se quanto à sua eventual eficácia vinculativa.

E essa divergência era visível dentro do próprio CNECV, que emitiu em 2005 dois pareceres que apontavam para soluções diferentes. Foram eles, o Parecer 45/CNECV/2005 sobre o estado vegetativo persistente e o Parecer 46/CNECV/2005 sobre a objecção ao uso de sangue e derivados para fins terapêuticos por motivos religiosos.

No ponto n.º3 do Primeiro Parecer pode ler-se que “toda a decisão sobre o início ou a suspensão de cuidados básicos da pessoa em Estado Vegetativo Persistente *deve respeitar a vontade do próprio;*” (sublinhado nosso). E o ponto n.º4 explica que essa

---

Em terceiro lugar, o Autor aponta o facto de o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ter vindo a considerar que uma intervenção médica sem o respectivo consentimento da pessoa, constitui uma ingerência na sua vida privada. Por fim, escreve o Autor que a “margem de apreciação” que possa ser deixada aos Estados é mais restrita quando em causa está a dignidade da pessoa humana, e também assim, o consentimento informado. Gomes, Joaquim Correia, “*Constituição de Consentimento Informado: Portugal*”, *in Julgar*, Número Especial, Coimbra Editora, 2014, pp.88 e 89.

<sup>205</sup> Loureiro, João Carlos, “*Saúde no Fim da Vida: entre o amor, o saber e o direito*”, *ob. cit.*, p.69.

<sup>206</sup> Para Joaquim Correia Gomes, não basta identificar e invocar no “plano meramente formal”, os direitos fundamentais, eles têm de ter uma correspondência com as circunstâncias em concreto e não de forma abstracta. O Autor para justificar a sua posição, dá os exemplos do doente que dá o seu consentimento para uma determinada intervenção cirúrgica, mas sem que lhe sejam prestadas e esclarecidas as eventuais alternativas, ou que a recusa sem que lhe sejam explicados os riscos dessa opção. Em ambos os casos, a liberdade de decisão do doente, foi respeitada, porém o direito ao seu consentimento informado para tomar a sua decisão de forma esclarecida. Gomes, Joaquim Correia, “*Constituição de Consentimento Informado: Portugal*”, *ob. cit.*, pp.94 e 95.

vontade pode ser “expressa ou *presumida* ou *manifestada por pessoa de confiança previamente designada*” (sublinhado nosso). Reforçando o ponto n.º5, que “todo o processo de tratamento da pessoas em Estado Vegetativo Persistente deverá envolver toda a equipa médica assim como a família mais próxima e/ou a *pessoa de confiança anteriormente indicada (...)* ” (sublinhado nosso). Assim, deste Parecer parece transparecer a possibilidade do médico suspender o tratamento médico, se da vontade do paciente resultar que é esse o seu desejo<sup>207,208</sup>.

Por sua vez, no segundo Parecer, o CNECV reconhecendo no ponto 6.º que “quando haja uma recusa válida o médico e/ou outros profissionais de saúde têm o dever de a respeitar”, no ponto 8.º pronuncia-se no sentido de que “A *manifestação antecipada de vontade tem apenas um valor indicativo*, não dispensando a obtenção do consentimento informado que obriga a um efectivo esclarecimento quanto às consequências da recusa de tratamento” (sublinhado nosso). Continuando no ponto seguinte que “em situações de extrema urgência com risco de vida em que o paciente não possa manifestar o seu consentimento é o mesmo dispensado, prevalecendo o dever de agir decorrente do princípio da beneficência consagrado na ética médica”. Portanto, neste Parecer, o CNECV, contrariamente ao anterior, considerou que a manifestação da vontade do paciente na recusa deste tipo de tratamentos tem um valor meramente indicativo, podendo o médico não a observar, o que fará de resto, no caso de pacientes interditos, portadores de anomalia psíquica ou menores, no qual a autorização para a recusa do tratamento pelos respectivos representantes legais, não prevalece sobre a observância do princípio da beneficência<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> Note-se apenas que uma das razões para as situações destes doentes levantarem tantas dificuldades para estes efeitos, prende-se, como salienta o Parecer na sua alínea e), nas divergências quanto a saber se a alimentação e a hidratação artificiais de que estes doentes estão dependentes, são cuidados ou tratamentos médicos. Desenvolvidamente sobre o problema *vide* o estudo de João Loureiro, em Loureiro, João Carlos S. G., *Metáfora do Vegetal ou Metáfora Pessoal, Considerações Jurídicas em Torno do Estado Vegetativo Crónico, ob. cit.*, pp.56 e seguintes.

<sup>208</sup> Rui Nunes, porém, escrevia há 20 anos atrás, a respeito dos doentes em Estado Vegetativo Persistente, que “não nos parece lícito, neste caso, o terminus *ab initio* de todo o tipo de tratamento, sem um período mínimo de verificação da reversibilidade da situação clínica, Na realidade, não possuímos dados que comprovem qualquer tipo de sofrimento por parte dos doentes em EVP”. Nunes, Rui, “*Dimensão Ética da Abordagem do Doente Terminal*”, in *Cadernos de Bio-Ética*, n.º 5, Coimbra, 1993, p. 22.

<sup>209</sup> Também Costa Andrade referindo-se aos menores e incapazes em geral, em que cabendo ao representante legal prestar o seu consentimento, no caso de este ser de recusa, impedindo uma intervenção imprescindível para salvar a vida ou afastar uma doença grave, alude ao facto de não existir no direito português mecanismos para fazer face a esta situação, como seria o caso de recurso ao tribunal. Neste sentido entende o Autor que o médico não incorre em responsabilidade criminal por tratamento arbitrário, se proceder de forma a evitar qualquer uma daquelas hipóteses. Nas suas palavras, “a liberdade de dispor do corpo ou da própria vida é uma *liberdade pessoal*, que **não se comunica ao representante legal**, nem é violada só por se

Acompanhando de perto André Dias Pereira,<sup>210</sup> a aparente razão para a dissonância pode residir no facto de se entender que o estado dos pacientes em Estado Vegetativo Persistente tem maiores probabilidades de ser irreversível ou de virem a gozar de uma menor qualidade de vida, e como tal, não se verifica a contradição entre a “*autonomia do paciente*” e o “*princípio da beneficência*”. Já no caso dos pacientes que recusam transfusões sanguíneas por motivos religiosos, estamos perante pacientes que, caso não recusassem, poderiam ainda recuperar.

Alguns quadrantes da doutrina portuguesa também se posicionaram no sentido de considerar que as manifestações antecipadas não deveriam ter uma força vinculativa, e apoiavam-se em grande parte, no argumento decisivo da actualidade<sup>211</sup> do consentimento.

Na esteira de André Dias Pereira, o consentimento e o direito de recusar tratamentos estão dependentes de quatro importantes requisitos: “(1) a *capacidade para consentir* (2) *esclarecimento* (3) a *liberdade* e (4) *actualidade* do consentimento”<sup>212</sup>. Ora sobre este último, pronunciou-se a doutrina clássica no sentido de não se poder desatender ao “tempo que medeia entre a declaração (consciente) de oposição ao tratamento e o momento (já de inconsciência) em que o problema do tratamento se coloca”<sup>213</sup>.

Assim, Costa Andrade afirmava que a dificuldade na aferição da posição definitiva do paciente, perante a iminência do agravamento do seu estado clínico e as “insondáveis” mudanças nas convicções que essa condição acarreta, determinam que não possa ser reconhecida aos chamados “*testamentos de paciente*” mais do que um “valor indiciário”, não incorrendo, por sua vez, o médico que a eles desatender, em responsabilidade penal para efeitos do art.256.º do CP<sup>214</sup>.

---

contrariar a vontade do representante”. Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp.382 e 383.

<sup>210</sup> Pereira, André Gonçalo Dias, “*Declarações Antecipadas de Vontade: Vinculativas ou Apenas Indicativas?*”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. IV, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p.825.

<sup>211</sup> Rui Nunes e Helena Melo, anteriormente à Lei n.º25/2012 de 16 de Julho, manifestarem-se no sentido da validade do testamento vital não poder ser resolvida no plano do Direito Penal, a partir do requisito da “actualidade”. Defenderam os Autores, uma solução a partir de uma avaliação casuística “através de um esforço de concordância prática dos direitos fundamentais e interesses juridicamente protegidos em conflito”. Nunes, Rui / Melo, Helena Pereira de, *Testamento Vital*, Coimbra, Edições Almedina, 2011, pp.172 a 174.

<sup>212</sup> Pereira, André Gonçalo Dias, “*Declarações Antecipadas de Vontade: Vinculativas ou Apenas Indicativas?*”, *ob. cit.*, p.826.

<sup>213</sup> Andrade, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 457.

<sup>214</sup> Andrade, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, *ob. cit.*, p. 457. Também no mesmo sentido, *vide* ainda a opinião do Autor em, Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, ob. cit.*, pp.384 e 385.

Fernando José Bronze posicionou-se igualmente no sentido de se adotar a “maior prudência” na relevância dos “«testamentos de moribundo»”, pelo facto da vida prática já ter demonstrado exemplos de reações diversas aos desejos anteriormente manifestados perante a “iminência da morte”<sup>215</sup>.

Porém, a doutrina sustentava já de forma maioritária, o entendimento hoje refletido no texto da Lei n.º25/2012 de 16 de Julho, de que a eficácia das DAV é vinculativa. Assim pode perceber-se do seu art.6.º n.1, nos termos do qual “se constar do RENTEV um documento de directivas antecipadas de vontade, ou se este for entregue à equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde pelo outorgante ou pelo procurador de cuidados de saúde, esta deve respeitar o seu conteúdo, sem prejuízo do disposto na presente lei”.

No sentido da eficácia vinculativa,<sup>216</sup> pronunciou-se Vera Lúcia Raposo, entendendo que o consentimento não pode ser encarado como algo de “fugaz”, pois este enquanto não for revogado mantém-se actual<sup>217</sup>. Também, antes da Lei n.º25/2012 de 16 de Julho, André Dias Pereira, defendia a validade e a eficácia do desejo do paciente recusar ou não antecipadamente determinadas terapêuticas, que deveria ser expresso num documento autêntico, lavrado pelo notário, depois de ter sido devidamente esclarecido pelo médico, que asseguraria a sua liberdade na decisão<sup>218</sup>. O Autor interrogava-se sobre se teria fundamento invocar a eventual mudança de ideias do paciente com o decorrer do

---

<sup>215</sup> Bronze, Fernando José, *A Metodologia entre a Semelhança e a Diferença, (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, pp.203 e 204.

<sup>216</sup> Para Filipa Patrão de Sá, embora não se possa admitir que uma “disposição antecipada” tenha um valor meramente indiciário, a sua “absoluta vinculatividade” também implica reservas cuidadosas. Para a Autora, o fundamento daquelas disposições reside no “*princípio suprapositivo da autonomia*”, manifestação do *direito geral de personalidade*, ou seja, a “*disposição antecipada (escrita ou oral) será absolutamente vinculativa na medida em que, e só na medida em que, corresponda à genuína vontade do paciente*”. Acrescentando que o respeito pela vontade se impõe nesses casos, “independentemente do tipo, estágio ou natureza da doença”. Sá, Filipa A. C. Patrão de, *Disposição Antecipada de Paciente, Legitimação e Limites*, Coimbra, 2012, pp. 82 a 85.

<sup>217</sup> Raposo, Vera Lúcia, “*Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida*”, in *Revista do Ministério Público*, n.º125, 2011, p.179.

<sup>218</sup> Também neste sentido, Laura Santos advoga a utilidade da elaboração do documento de directivas antecipadas de vontade e simultaneamente a nomeação do PCS. Assim, o paciente terá sempre um “porta-voz” a quem transmitiu os seus valores de vida, e os seus “posicionamentos em relação a certas situações clínicas e aos tratamentos” que deseja ou não obter num processo de morte. Santos, Laura Ferreira dos, *Testamento Vital - O que é? Como elaborá-lo?*, ob. cit., pp.63 e 64. Filipa Patrão de Sá, não deixando de considerar importante a figura do PCS, relembra que a sua admissibilidade pode “acabar por duplicar o problema da exacta interpretação da vontade do paciente” quando não exista simultaneamente uma disposição antecipada, ou quando exista, esta “deixe margem para dúvidas sérias”. Sá, Filipa A. C. Patrão de, *Disposição Antecipada de Paciente, Legitimação e Limites*, ob. cit., p. 125.

tempo à luz da moderna psicologia. Lembrando que o fundamento comumente invocado é o princípio *favor vitae*, que contudo, resulta já da estrutura ideológica da sociedade<sup>219</sup>.

A favor da necessidade de erigir uma disciplina das DAV, e de lhes ser reconhecido, *prima facie*, um valor vinculativo, encontramos também a posição de João Loureiro,<sup>220</sup> que já em 1994 se pronunciava sobre estas questões, admitindo, ainda que sem legislação específica, a sua existência no nosso ordenamento jurídico<sup>221,222</sup>.

Também Faria Costa se ocupou destas questões, e numa reflexão sobre o “eu” que reivindica agora também um testamento sobre o “ser” e já não só sobre o “ter”, defende a importância do “testamento biológico”<sup>223,224</sup>.

Geraldo Rocha Ribeiro faz referência à valoração das DAV, num prisma de autotela da pessoa capaz com vista à sua “eventual ou potencial situação de incapacidade”, sublinhando que o respeito pela autodeterminação da pessoa, impõe que mera referência à actualidade não se sobreponha à vontade daquela<sup>225</sup>.

Importa ainda dar conta das observações entretanto (re)formuladas de Costa Andrade quanto a estes temas, que recentemente nos escreve no sentido de que “entre a

---

<sup>219</sup> Pereira, André Gonçalo Dias, “*Declarações Antecipadas de Vontade: Vinculativas ou Apenas Indicativas?*”, *ob. cit.*, pp.827 a 829.

<sup>220</sup> Loureiro, João Carlos, “*Saúde no Fim da Vida: entre o amor, o saber e o direito*”, *ob. cit.*, pp.69, 70 e 75.

<sup>221</sup> Loureiro, João Carlos S. G., *Metáfora do Vegetal ou Metáfora Pessoal, Considerações Jurídicas em Torno do Estado Vegetativo Crónico*, *ob. cit.*, 1994, p.41.

<sup>222</sup> Contudo, o Autor salienta que as maiores dificuldades colocadas ao Direito da Saúde e, concomitantemente ao direito à autodeterminação das pessoas, residem naqueles que sendo incapazes não manifestaram antecipadamente o seu consentimento. Para estes casos, o Autor faz referência aos critérios avançados no direito comparado. Um deles é o da vontade presumida ou “julgamento em substituição”, que consiste em averiguar qual seria a decisão do paciente se fosse capaz. Caso não fosse possível aferir essa vontade seria através dos “melhores interesses do paciente”, atendendo à “utilidade ou inutilidade do tratamento” e à sua “proporcionalidade”, que se procuraria ultrapassar a questão. Outra hipótese seria a recorribilidade ao conceito de futilidade do tratamento, que por si, não facilmente identificável, uma vez que os maiores problemas põe-se relativamente a tratamentos que sendo eficazes, “no plano fisiológico”, não se traduzem em nenhum “benefício”. Loureiro, João Carlos S. G., *Metáfora do Vegetal ou Metáfora Pessoal, Considerações Jurídicas em Torno do Estado Vegetativo Crónico*, *ob. cit.*, pp. 43 a 50.

<sup>223</sup> Costa, José de Faria, “*O Fim da Vida e o Direito Penal*”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p.793 e 794.

<sup>224</sup> Reflexão, que é interpretada por João Carlos Loureiro, como uma defesa do valor vinculativo dos testamentos biológicos, também relativamente a certos casos de eutanásia activa. Vide, Loureiro, João Carlos, *Advance Directives: A Portuguese Approach, Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5, n.º9, 2008, p. 7. Embora não sendo nosso objecto de estudo, veja-se sobre a apreciação jurídica da eutanásia e suas modalidades, Raposo, Vera Lúcia, “*Entre a Vida e a Morte: Responsabilidade Médica nas Decisões em Fim de Vida*”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 9, n.º18, 2012, pp. 122 e seguintes.

<sup>225</sup> Ribeiro, Geraldo Rocha, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, *ob. cit.*, pp. 258 e 264.

vontade *expressa* e a vontade meramente *presumida* estará agora a vontade *antecipada*”, contando que essa vontade obedeça a “determinadas exigências materiais e formais”<sup>226</sup>.

Por fim, Figueiredo Dias afasta os argumentos segundo os quais as directivas antecipadas de vontade têm um valor meramente indicativo, posicionando-se a favor destas constituírem “o mais forte indício da vontade presumida do declarante e só podem ser desobedecidas se forem conhecidas razões que definitivamente as contrariem”<sup>227</sup>.

## 2) Regime Jurídico das DAV na Lei n.º25/2012 de 16 de Julho

A expressão testamento vital<sup>228</sup> resulta da tradução do *living will* americano,<sup>229, 230</sup> embora assuma em Portugal outras designações<sup>231</sup> como “testamento de paciente”, ou “testamento biológico”. Nas palavras de André Dias Pereira, o testamento vital, “consiste, em regra, num documento escrito por uma pessoa maior e capaz, perante uma autoridade pública ou perante testemunhas,<sup>232</sup> e que contém declarações antecipadas de vontade a

---

<sup>226</sup> Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo I*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp.621 e 622.

<sup>227</sup> Dias, Jorge Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo I*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p.27. No mesmo sentido, veja-se, Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Tomo I*, 2.ª edição (2.ª reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 487 e 488, onde o Jurista acrescenta que só situações como “a de saber que era já disposição do paciente revogá-lo, destruí-lo ou transformá-lo”, o testamento vital pode ser invalidado, pois até lá “deve conservar toda a sua eficácia”.

<sup>228</sup> Sobre a importância que assume o testamento vital e a conseqüente necessidade de legalização do mesmo, antes da Lei n.º25/2012 de 16 de Julho, vide o estudo da Associação Portuguesa de Bioética n.º E/17/APB/10, disponível no seguinte endereço electrónico: [http://www.apbioetica.org/fotos/gca/1284923005parecer-testamento\\_vital.pdf](http://www.apbioetica.org/fotos/gca/1284923005parecer-testamento_vital.pdf). Note-se, a mudança de opinião do Relator deste estudo, Rui Nunes, que na década de 90, debruçando-se sobre o paradigma do testamento vital nos EUA, concluía que “este tipo de estratégia, eventualmente necessária em países culturalmente diversos do nosso, não é substituto eficaz da sobriedade, senso comum, discernimento, enfim aquilo que o médico comum apelida de ‘melhor interesse para o doente’ e ‘boa prática clínica’”. Nunes, Rui, “*Dimensão Ética da Abordagem do Doente Terminal*”, *ob. cit.*, p.30.

<sup>229</sup> Santos, Laura Ferreira dos, *Testamento Vital - O que é? Como elaborá-lo?*, *ob. cit.*, p.47.

<sup>230</sup> O *living will* abrange, nos Estados Unidos da América, apenas as hipóteses em que uma pessoa prevendo a sua futura situação de incapacidade decisional declara antecipadamente os tratamentos que deseja ou não receber, quando aquele estado se efectivar. O *living will* é assim, uma forma de *advance directives*, em regra dissociado da nomeação de um procurador de cuidados de saúde, designado em inglês como *durable power of attorney, medical power of attorney ou proxy directive*. *Idem*, pp.47 a 50.

<sup>231</sup> João Loureiro critica no entanto estas designações, por entender que o “testamento” é tradicionalmente dirigido para a produção de efeitos jurídicos *postmortem*. Loureiro, João Carlos, “*Saúde no Fim da Vida: entre o amor, o saber e o direito*”, *ob. cit.*, p.65, nota 134.

<sup>232</sup> Antes da Lei, André Dias Pereira, referiu que numa (então) futura lei que se debruçasse sobre estas questões, as exigências formais deveriam ser exigentes, como contemplar o controlo notarial, mas simultaneamente permitirem outros modos de certificação que mais conviessem ao paciente, para que alguém que se veja impossibilitado de se deslocar ao notário beneficie dessa flexibilidade. Porém a nossa Lei, contempla apenas duas hipóteses nos termos do art. 3.º n.º1, a assinatura perante funcionário devidamente habilitado do RENTEV, ou notário. Pereira, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...*, *ob. cit.*, p.254. Também em, Pereira, André Gonçalo Dias, “*A Capacidade para*

respeito dos tratamentos que deseja ou não receber, tendo em vista eventuais situações de incapacidade de tomar decisões por e sobre si próprio”<sup>233</sup>.

Na esteira de André Dias Pereira,<sup>234</sup> ao testamento vital está associado o inestimável direito à “autonomia *prospectiva*” ou o direito à “*autodeterminação preventiva*”, e que, por sua vez, são inegáveis vantagens deste mecanismo<sup>235</sup>. Tal como alivia o peso que uma decisão sobre cuidados de saúde pode assumir, em termos emocionais, para os familiares ou mesmo para os médicos. Além disso estritamente associado àquele direito de autodeterminação, está a “*liberdade de expressão do pensamento e de culto*”, que em matéria de cuidados de saúde gera sempre tanta discordância. Sendo que a principal desvantagem apontada pela doutrina clássica, foi sempre a questão da actualidade do consentimento, que merecendo já por si algumas reservas, parece-nos ter ficado esbatida, não só pela consagração da eficácia vinculativa das DAV, mas também por se ter previsto a possibilidade de renovação das mesmas e a respectiva modificação ou revogação. A nosso ver permitirá que, se dúvidas houvesse que a vontade de uma pessoa, construída e assente nas suas convicções e ideais, relativamente à forma como espera ser tratada numa situação de incapacidade, estava inevitavelmente condicionada pela passar do tempo, então no nosso modesto entendimento, esta dúvida queda, com a possibilidade que assiste ao outorgante do documento de directivas antecipadas de vontade de o alterar e adequar aos seus eventuais desejos actuais.

Contudo, crendo nós que a Lei n.º25/2012 de 16 de Julho, representa uma evolução na compreensão e no reconhecimento do direito de autodeterminação nos cuidados de

---

*Consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*”, in sep. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 da Reforma de 1977*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p.235.

<sup>233</sup> Pereira, André Gonçalo Dias, “*Directivas Antecipadas de Vontade em Portugal*”, *ob. cit.*, 2014, p.288.

<sup>234</sup> Pereira, André Gonçalo Dias, “*Directivas Antecipadas de Vontade em Portugal*”, *ob. cit.*, p.290. Também em, Pereira, André Gonçalo Dias, “*A Capacidade para Consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*” *ob. cit.*, pp. 231 e 232.

<sup>235</sup> Esta *autodeterminação antecipada* não se confunde, pois, com o consentimento presumido, que nas palavras de Costa Andrade “presta homenagem ao primado da autonomia ou autodeterminação do paciente”. O consentimento presumido aplica-se às situações em que “o titular do bem jurídico lesado *não consentiu* na ofensa, mas nela teria presumivelmente consentido se lhe tivesse sido possível pôr a questão”. Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, *ob. cit.*, p.489. E portanto, quando não há um consentimento manifestado de forma antecipada. Pereira, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...*, *ob. cit.*, p.496. Reconduzível, por exemplo, a situações em que o doente se encontra inconsciente ou de “*alargamento da operação*”, o consentimento presumido é equiparado ao consentimento efectivo, de acordo com o art.39.º n.º2 do CP. Ou seja, procura-se encontrar a “*vontade hipotética*” do paciente, que segundo Costa Andrade, não tem de corresponder exactamente ao “*melhor interesse do paciente*”, embora, por regra, represente aquele interesse. Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal...*2012, *ob. cit.*, pp.616 a 619.



saúde, sendo um importante entrave à *obstinação terapêutica*, ela não deixa de merecer o reparo feito por André Dias Pereira, e que nós corroboramos. É que a Lei n.º25/2012 de 16 de Julho continua a não incluir no seu texto a imposição do médico se envolver no processo de aconselhamento de um testamento do paciente<sup>236</sup> .237. Era já esta a posição que o Autor vinha defendendo antes da aprovação da Lei e, que o respeito por um consentimento livre, esclarecido e informado merecia, como já tivemos oportunidade de referir a respeito da defesa da eficácia vinculativa das DAV. Porém o seu art. 3.º n.º2, apenas prevê a “colaboração” do médico, podendo ficar a constar do documento da DAV, a assinatura e identificação deste<sup>238</sup>.

A força vinculativa das DAV está dependente do cumprimento de certos pressupostos, como sejam, a assinatura presencial perante um funcionário devidamente habilitado do RENTEV ou notário, conforme dispõe o art.3.º n.º 1 da Lei n.º25/2012 de 16 de Julho, constando do respectivo documento as indicações referidas nas alíneas do nesse mesmo artigo<sup>239</sup>. Além da necessária capacidade exigida<sup>240</sup> para o seu autor, nos termos do art. 4.º da referida Lei (e para o próprio PCS, por remissão do art. 11.º n.º2 para o art.4.º). A sua eficácia vinculativa só fica postergada, nos casos referidos no art.6.º n.º2 da Lei n.º25/2012 de 16 de Julho, ou seja, quando se comprove que o outorgante não desejaria manter as DAV com conteúdo que delas consta, se a vontade do outorgante se encontrar desatualizada tendo em conta os progressos dos meios terapêuticos, ou se as DAV não corresponderem às circunstâncias de facto que o outorgante previu no momento da assinatura. A estas hipóteses acresce aquela outra, em que os médicos não têm o dever de considerar as DAV, por se verificar uma situação de urgência e o acesso àquelas implicar

---

<sup>236</sup> Pereira, André Gonçalo Dias, “*Directivas Antecipadas de Vontade em Portugal*”, *ob. cit.*, pp.302 e 303.

<sup>237</sup> Por sua vez, Filipa Patrão de Sá, entende que a imposição do esclarecimento médico como requisito da validade da disposição antecipada seria a “violação clara do princípio da autodeterminação”. Sá, Filipa A. C. Patrão de, *Disposição Antecipada de Paciente, Legitimação e Limites*, *ob. cit.*, p. 113 e 114.

<sup>238</sup> O Autor aponta a dificuldade que existe em determinadas zonas do país no acesso a consultas médicas, e “a confiança no discernimento do cidadão adulto e capaz” como os motivos pelos quais o legislador, não optou pela solução defendida. Pereira, André Gonçalo Dias, *Directivas Antecipadas de Vontade em Portugal*, *ob. cit.*, p.303.

<sup>239</sup> Já relativamente ao registo parece não ser obrigatório. Resulta do art. 16.º n.º1 da Lei n.º25/2012 de 16 de Julho, “que o registo no RENTEV tem um valor meramente indicativo, sendo as directivas antecipadas de vontade ou procuração de cuidados de saúde nele inscritas igualmente eficazes, desde que tenham sido formalizadas de acordo com o disposto na presente lei, designadamente no que concerne à expressão clara e inequívoca da vontade do outorgante”.

<sup>240</sup> Que parece ser a capacidade negocial, veja-se, Pereira, André Gonçalo Dias, “*Directivas Antecipadas de Vontade em Portugal*”, *ob. cit.*, p.294 (e nota 30).

uma demora que agrave os riscos para a saúde ou vida do outorgante, conforme estatui o art. 6.º n.º 4 da Lei n.º25/2012 de 16 de Julho.

Refira-se ainda o art.9.º da mencionada Lei, que assegura aos profissionais de saúde o direito à objecção de consciência, bem como os limites do art.5.º, ao qual podemos ainda acrescentar, com Vera Lúcia Raposo, os casos em que as próprias DAV têm um “teor dúbio e incerto”, e que por não ser perceptível a vontade do outorgante, o médico fica desonerado de a observar. Porém, a Autora alude à dificuldade que existe em afastar uma decisão proferida pelo PCS,<sup>241</sup> pelo facto das formas de afastamento da eficácia vinculativa das DAV (designadamente, a incapacidade do outorgante e o carácter dúbio da sua vontade) não se lhe adequar. Para afastar a sua decisão será necessário recorrer ao Tribunal, que por sua vez, é um procedimento pouco harmonioso com as situações de intervenção de carácter urgente, cabendo ao médico actuar de acordo com aquele que será o consentimento presumido do paciente<sup>242</sup>.

A exigência quanto à forma do documento de directivas antecipadas de vontade, da sua assinatura na presença de funcionário devidamente habilitado do RENTEV ou notário, merece o seu louvor por garantir “um equilíbrio entre a *dimensão material* (carácter vinculativo da declaração antecipada) e a *dimensão procedimental*, ao garantir o respeito pelos princípios do consentimento informado e ao permitir a tutela comunitária das pessoas em situação de vulnerabilidade”<sup>243</sup>.

Por sua vez, a revogação que pode ocorrer, em qualquer altura, conforme resulta do art.8.º n.º1 e do n.º2 *a contrario*, da Lei n.º25/2012 de 16 de Julho, não está sujeita a qualquer exigência de forma, como aliás, bem se compreende, pois não seria admissível que se sujeitasse a burocracias a possibilidade de revogar determinada vontade anteriormente manifestada, que pode ter sido no sentido de recusa de determinado tratamento, quando em causa estão a vida e a saúde do paciente. Dispõe o n.º4, que revogação tal como a modificação, devem ser inscritas no processo clínico, no RENTEV, quando aí esteja registado, e comunicado ao PCS, quando exista.

---

<sup>241</sup> Que a nosso ver só ocorrerá quando não exista conjuntamente com o PCS, um testamento vital, onde o outorgante tenha expressado já a sua vontade. Pois no caso de conflito entre as disposições formuladas no documento de directivas antecipadas de vontade e a vontade do PCS, prevalece, conforme resulta do art. 13.º n.º2 da Lei n.º25/2012 de 16 de Julho, a vontade do outorgante expressa naquele documento.

<sup>242</sup> Raposo, Vera Lúcia, “*Entre a Vida e a Morte: Responsabilidade Médica nas Decisões em Fim de Vida*”, *ob. cit.*, pp. 120 a 123.

<sup>243</sup> Pereira, André Gonçalo Dias, “*Diretivas Antecipadas de Vontade em Portugal*”, *ob. cit.* p.304.

Já a modificação do documento está sujeita à forma prevista para a sua vinculatividade, nos termos do art.8.º n.º2, da Lei n.º25/2012 de 16 de Julho, operando cada modificação a renovação do prazo de eficácia do documento, que é nos termos do seu art.7.º, de cinco anos a contar da sua assinatura, sucessivamente renovável, mediante declaração do outorgante de confirmação do disposto no documento de directivas antecipadas de vontade, que por sua vez tem novamente de observar as exigências de forma previstas no art.3.º n.º1 daquela Lei.

Outro dado que nos pode passar despercebido é que nos termos do art.7.º n.º3 da Lei n.º25/2012 de 16 de Julho, o documento de directivas antecipadas de vontade mantém-se em vigor, mesmo quando ocorra a incapacidade do outorgante. De acordo com André Dias Pereira,<sup>244</sup> esta possibilidade era uma “reivindicação das associações de doentes de Alzheimer”, que merece toda a nossa aprovação, pois se entretanto o documento caducasse e a pessoa tivesse se tornado incapaz, já não teria condições para o renovar, e assim ver respeitada a sua vontade.

### 3) Procurador de Cuidados de Saúde

Dispõe o art. 11.º n.º1 da Lei n.º25/2012 de 16 de Julho que “qualquer pessoa pode nomear um procurador de cuidados de saúde, atribuindo-lhe poderes representativos para decidir sobre os cuidados de saúde a receber, ou a não receber, pelo outorgante, quando este se encontra incapaz de expressar a sua vontade pessoal autonomamente”.

O PCS pode coexistir ou não com o testamento vital, sendo portanto uma alternativa mais “flexível” e maleável, por poder ser moldada consoante objectivos muito específicos,<sup>245</sup> que assiste a uma pessoa, na posse das suas capacidades intelectuais e volitivas, de nomear alguém da sua confiança para o representar no que respeita às decisões sobre os seus cuidados de saúde, para que seja defendida e acatada a sua vontade, num momento em que se encontra incapaz de a manifestar, por respeito ao seu direito de autodeterminação. No entanto, esta possibilidade merece segundo André Dias Pereira, uma salvaguarda importante e necessária, na medida em que a sua efectividade

---

<sup>244</sup> *Idem*, pp.301 e 302.

<sup>245</sup> Vítor, Paula Távora, “Procurador para Cuidados de Saúde- Importância de um Novo Decisor”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 1, 2004, p.12.

pressuporá que o paciente e o procurador tenham “previamente conversado sobre as opiniões do primeiro relativamente aos seus valores e às opções que tomaria numa determinada situação se estivesse capaz”<sup>246</sup>.

Esta figura, nas palavras de Paula Távora Vítor, “surge como um elemento perturbador do arranjo clássico da resposta às incapacidades”<sup>247</sup>. É que já tivemos oportunidade de referir neste estudo, que ao tutor, ao abrigo do art.145.º do CC, cabe o dever especial de cuidar da saúde do interdito. No entanto, a interdição deve ser encarada, a nosso ver, e por todas as críticas já formuladas, o fim de linha, assumindo-se a manifestação da vontade antecipada, como uma possibilidade mais coadunante ao respeito pela dignidade da pessoa.

Conforme observa Paula Távora Vítor, a incapacitação legal é demasiado rígida, e a sua característica da habitualidade não se adequa às situações que reclamam uma maior flexibilidade, e à actual compreensão da ciência psiquiátrica<sup>248</sup>. No entanto do regime legal da procuração de cuidados de saúde resulta a possibilidade de coexistência com a uma medida de representação legal, pelo facto de poder ser um interdito ou inabilitado, que não o seja por anomalia, psíquica a outorgar a procuração<sup>249</sup>. Diga-se apenas, que em caso de conflito, entre a decisão do representante legal e a do representante voluntário, sob pena deste último só fazer sentido em situações de incapacidade de facto e por respeito à vontade do paciente, deve prevalecer a decisão do representante voluntário<sup>250</sup>.

Seguindo de perto Paula Távora Vítor,<sup>251</sup> esta figura também se adequa melhor às exigências constitucionais, reflectidas no art.18.º da CRP,<sup>252</sup> nos termos do qual, a limitação dos direitos fundamentais, designadamente, dos direitos, liberdades e garantias,

---

<sup>246</sup> Pereira, André Gonçalo Dias, “*Diretivas Antecipadas de Vontade em Portugal*”, *ob. cit.*, p.289.

<sup>247</sup> Vítor, Paula Távora, “*O apelo de Ulisses- o novo regime do Procurador de Cuidados de Saúde na Lei Portuguesa*”, *ob. cit.*, p. 226.

<sup>248</sup> Vítor, Paula Távora, “*O apelo de Ulisses- o novo regime do Procurador de Cuidados de Saúde na Lei Portuguesa*”, *ob. cit.*, p. 236.

<sup>249</sup> Se assim não fosse, no caso da interdição que implica uma incapacidade geral do interdito quer no campo patrimonial, quer no campo pessoal, a sua possibilidade de recorrer ao PCS, “perderia todo o seu sentido útil”. *Idem*, pp.244 e 245.

<sup>250</sup> Mas para se evitar o conflito poderia se “introduzir alguma flexibilidade no instituto da tutela” sendo nomeado como PCS, aquele que vier a ser indicado como tutor. *Idem*, p. 245.

<sup>251</sup> *Idem*, p. 227.

<sup>252</sup> Fazemos ainda menção, com a Autora, às recomendações do Conselho da Europa, designadamente à Recomendação n.º R(99)4, disponível no seguinte endereço electrónico, [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts\\_and\\_documents/Rec\(99\)4E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec(99)4E.pdf) relativa aos Princípios Respeitantes à Protecção Jurídica dos Maiores Incapazes, e à Recomendação n.º CM/Rec (2009)11, disponível no seguinte endereço electrónico, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1563397&Site=CM>.

tem de obedecer ao princípio da proporcionalidade, entendido que é, nas suas três dimensões, que já tivemos oportunidade de enunciar noutras instâncias deste estudo.

Por remissão do art. 11.º n.º2 para o art.4.º, ambos da Lei n.º25/2012 de 16 de Julho, o outorgante da procuração de cuidados de saúde tem que ser maior, não se encontrar interdito ou inabilitado por anomalia psíquica, e bem assim, ter capacidade de dar o seu consentimento livre, consciente e esclarecido. Valem a este respeito as considerações que já fizemos no início do nosso estudo, em sede da análise da capacidade para consentir. Bem assim, a sensatez de, relativamente aos interditos ou inabilitados, apenas se restringir a capacidade para a elaboração da DAV àqueles que o sejam só por anomalia psíquica, bem como a compreensão de que o facto de uma pessoa não ter capacidade negocial de exercício de direitos e, por sua vez, estar sujeito a um dos meios tradicionais de suprimento das incapacidades, não significar que seja incapaz para prestar o seu consentimento ou dissentimento na prestação de cuidados de saúde. Vimos também que a capacidade para consentir deve ser averiguada casuisticamente, podendo acontecer que, neste caso, o PCS, esteja a representar alguém que não está legalmente considerado incapaz<sup>253</sup>.

Por força daquela mesma remissão, o PCS está sujeito aos mesmos requisitos. No entanto, Paula Távora Vítor adverte que, pelo menos quanto à interdição, não parece ser razoável admitir que uma pessoa que se encontre interdita, ainda que por outra causa que não a anomalia psíquica possa ser responsável pela representação de alguém que se encontra incapaz de manifestar a sua vontade.

Todavia o art.11 n.º3 e 4.º da Lei n.º25/2012 de 16 de Julho apenas exclui da possibilidade de serem nomeados PCS, (para além daqueles que não cumprem os requisitos de capacidade enunciados no art. 4.º da Lei), os funcionários do RENTEV e os do cartório notarial que intervenham nos actos, bem como os proprietários e gestores de entidades que administram ou prestam cuidados de saúde, a menos que tenham uma relação familiar com o outorgante<sup>254, 255</sup>.

---

<sup>253</sup> Também neste sentido, *vide* Vítor, Paula Távora, “*O apelo de Ulisses- o novo regime do Procurador de Cuidados de Saúde na Lei Portuguesa*”, *ob. cit.*, pp. 234 a 237.

<sup>254</sup> A razão destas restrições está relacionada com os eventuais perigos que podem surgir, típicos de uma situação em que o outorgante se pode vir a encontrar numa situação de fragilidade, evitando-se assim, possíveis abusos ou suspeições. Ficam ressalvadas as relações familiares, que lembra a Autora, pelo menos quanto aos familiares mais próximos, já resulta da própria Lei Civil, designadamente os artigos 1874.º n.º1,

O n.º5 da Lei n.º25/2012 de 16 de Julho admite a existência de um segundo PCS, no caso de haver impedimento do primeiro, aplicando-se o disposto no art. 264.º n.º1 e 2 do CC, com as devidas alterações, *ex vi* do art. 12.º n.º2 daquela Lei. Esta possibilidade é especialmente relevante para as situações em que o primeiro PCS é inerte relativamente à tomada de uma decisão. Que conforme desenvolve Paula Távora Vítor, pode acontecer pelo facto de este não estar obrigado a agir, ao contrário do que aconteceria num negócio bilateral como o mandato<sup>256</sup>.

No que respeita a questões formais, devem ser aplicados os mesmos requisitos exigidos para a validade e eficácia de um testamento vital,<sup>257</sup> ou seja, o documento deve ser assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registo Nacional do Testamento Vital ou notário, conforme dispõe o art.3.º, n.º1 da Lei n.º25/2012 de 16 de Julho.

Quanto à extinção da procuração de cuidados de saúde, resulta do art. 14.º n.º1 da Lei n.º25/2012 de 16 de Julho, que é, por um lado, livremente revogável pelo outorgante e o seu n.º2, estabelece, por outro, que o procurador pode fazer extinguir a procuração renunciando a ela, devendo informar o outorgante por escrito. Paula Távora Vítor,<sup>258</sup> nota porém que esta circunstância pode lançar para o incapaz (sobretudo o de facto) para o “vazio jurídico”, pelo que deveria ter sido previsto uma articulação entre esta extinção da procuração de cuidados de saúde com outras medidas de protecção.

---

relativamente aos pais e filhos, e do art. 1674.º, aquele dever de cuidado. Vítor, Paula Távora, “*O apelo de Ulisses- o novo regime do Procurador de Cuidados de Saúde na Lei Portuguesa*”, *ob. cit.*, p.238.

<sup>255</sup> Necessário é, que recaindo sobre um familiar do paciente a nomeação como PCS, que essa pessoa não se deixe abalar, nem fique “demasiado perturbada” e seja capaz de tomar a decisão de acordo com os valores que lhe foram transmitidos pelo outorgante da procuração. Quem não for capaz de fazer essa separação, não deve aceitar cumprir essa função. Santos, Laura Ferreira dos, *Testamento Vital - O que é? Como elaborá-lo?*, *ob. cit.*, p. 66.

<sup>256</sup> Vítor, Paula Távora, “*O apelo de Ulisses- o novo regime do Procurador de Cuidados de Saúde na Lei Portuguesa*”, *ob. cit.*, p.239.

<sup>257</sup> É esta a solução de André Dias Pereira, pois, e de forma decisiva, as razões que presidem àquela exigência de forma no testamento vital, são as mesmas que devem existir para a procuração de cuidados de saúde, ou seja, “garantir que houve ponderação por parte do outorgante, conferir força vinculativa ao documento e facilidade probatória do mesmo”. Pereira, André Gonçalo Dias, “*Diretivas Antecipadas de Vontade em Portugal*”, *ob. cit.*, pp.289 e 290 (nota 7). Paula Távora Vítor, embora não considere que o capítulo II, da Lei n.º 25/2012 de 16 de Julho, contenha normas gerais aplicáveis ao testamento vital e ao procurador de cuidados de saúde, também considera que deve haver analogia entre as exigências de forma. Vítor, Paula Távora, “*O apelo de Ulisses- o novo regime do Procurador de Cuidados de Saúde na Lei Portuguesa*”, *ob. cit.*, pp. 246 e 247.

<sup>258</sup> Vítor, Paula Távora, “*O apelo de Ulisses- o novo regime do Procurador de Cuidados de Saúde na Lei Portuguesa*”, *ob. cit.*, p. 248.

#### 4) REPRESENTAÇÃO VOLUNTÁRIA

A procuração de cuidados de saúde, enquanto um meio de representação voluntária, levanta problemas à tradicional doutrina da representação voluntária<sup>259</sup>. Pois segundo Capelo de Sousa, os “poderes jurídicos que incidem, unitária e globalmente, sobre a personalidade física ou moral de um certo homem são insusceptíveis de serem transmitidos deste para outro sujeito jurídico”. O carácter iminente pessoal e intransmissível destes poderes, determinam “sem prejuízo da eficácia da representação legal, o seu normal exercício pelo respectivo titular, não sendo aqui admitida a representação voluntária”<sup>260</sup>.

---

<sup>259</sup> Paula Távora Vítor propõe inclusive que se recorra à representação voluntária como uma resposta às situações de incapacidades, também no campo patrimonial, através do “mandato permanente” ou mandato com representação. A Autora começa por fazer a distinção entre a figura do mandato e a da representação, que têm sido sempre associados, defendendo que a procuração é independente daquele e que os poderes representativos traduzem o poder do procurador emitir uma declaração antecipada de vontade em nome do representado, apenas intervindo na relação daquele com terceiros.

A Autora parte da figura de *common law, durable power of attorney*, para justificar a sua opção pelo mandato com representação, apontando as suas vantagens. Assim, o mandato enquanto negócio jurídico bilateral, cria a obrigação do mandatário de agir, evitando-se assim, que este deixe o incapaz desprotegido pela sua inércia, como pode acontecer naquele sistema. Acresce que o facto do mandato com representação pressupor uma procuração, permite que este assuma também uma função representativa, como o *durable power of attorney*, mas “combate o ‘carácter abstracto’ da procuração, oferecendo uma relação subjacente, reguladora do *quando* e do *como* da actuação do representante”. Vítor, Paula Távora, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, *ob. cit.*, pp. 233 a 234, e 236 a 238.

Geraldo Rocha Ribeiro, apresenta como possível solução para as hipóteses de incapacidade de facto temporárias, ou seja, para as que afectam a autonomia da pessoa e consequentemente a sua autodeterminação, encontrando-se em incapacidade de agir, obstando à emissão ou compreensão do sentido de determinada declaração, mas sobre a qual não houve qualquer decisão judicial, a representação voluntária. Sendo que existirão três tipos de procurações, “atendendo ao conteúdo e função subjacente à relação jurídica que têm por base”. Assim, na representação ordinária, a procuração não tem em conta a incapacidade “como vicissitude expectável ou eventual da relação jurídica que se estabelece entre representante e representado”. Já as que se enquadram nas declarações de vontade antecipada pode ser uma representação permanente, no caso da atribuição de poderes de representação ter sido realizada antes de verificada a incapacidade de agir, ou futura, só produzindo efeitos de direito com a ocorrência dessa incapacidade. Estas últimas têm por finalidade “assegurar o cuidado e representação dos interesses da pessoa em virtude de uma incapacidade de agir ou de uma capacidade limitada”. No caso específico da representação em termos de declaração de vontade antecipada, esses interesses e vontade consubstanciam-se no “cuidado” e “protecção” do incapaz. No entanto, entende o Autor, que a eficácia deste tipo de procuração, supõe uma incapacidade temporária, pois para as duradouras, o suprimento da incapacidade é feito por via da representação legal.

Na esfera pessoal a admissibilidade da representação de incapazes através de declaração de vontade antecipada, consistindo na manifestação de um “consentimento prospectivo” fica dependente da individualização do direito de personalidade e da definição do âmbito dos poderes de representação. Esses poderes terão de ser “especiais” porquanto “dizem respeito à esfera jurídica de interesses pessoais intransmissíveis e irrenunciáveis”. Quando os poderes de representação são atribuídos para suprir o consentimento para uma intervenção médica, é ao representante que o médico deve prestar os esclarecimentos, mas só na medida do necessário para a intervenção, pois isso implica a divulgação da informação clínica do representado, e a actuação do representante funciona como meio de determinar a vontade presumida daquele. Rocha, Ribeiro, Geraldo *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, *ob. cit.*, pp. 264 a 268 e 277 a 284.

<sup>260</sup> Sousa, Rabindranath V. A. Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, *ob. cit.*, pp.402 a 404.

Este entendimento levanta a questão de saber se a procuração, ou seja, se a representação voluntária, será o meio mais idóneo para legitimar alguém a tomar decisões sobre assuntos de saúde de outrem.

João Loureiro, antes da Lei n.º25/2012 de 16 de Julho, já entendia que mesmo sem legislação específica, a figura de um procurador para cuidados de saúde, era admissível por analogia ao instituto da procuração<sup>261</sup>.

Conforme esclarece Mota Pinto, não existe uma “contradição” entre a representação e o princípio da autonomia privada, antes “é um aprofundamento coerente da autonomia privada, também na medida em que os poderes representativos assentam numa manifestação de vontade do representado”<sup>262 263</sup>. Se a representação legal é sempre instituída *no interesse* do incapaz, na representação voluntária, embora o representante tenha de actuar em nome do representado, os poderes representativos podem ser conferidos no interesse do próprio representante/procurador (*procuração in rem suam*)<sup>264,265</sup>. Contudo, não se pode conceber que numa procuração de cuidados de saúde, esses poderes sejam conferidos noutros interesses que não os do próprio paciente,<sup>266</sup> pelo que aquela possibilidade não pode ser aqui aplicável, sob pena de se subverter a própria figura e de se anularem as razões que a justificam.

Para Paula Távora Vítor,<sup>267</sup> o carácter voluntário da procuração de cuidados de saúde permite mesmo ultrapassar a tradicional crítica da falta de actualidade deste tipo de

---

<sup>261</sup> Loureiro, João Carlos S. G., “*Metáfora do Vegetal ou Metáfora Pessoal, Considerações Jurídicas em Torno do Estado Vegetativo Crónico*”, *ob. cit.*, p. 41.

<sup>262</sup> Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral Do Direito Civil, ob. cit.*, pp.539 e 549.

<sup>263</sup> São apontados como pressupostos da representação, a *contemplatio domini*, isto é, o representante realiza o negócio em nome do representado, com a intenção desse negócio produzir os seus efeitos na esfera do representado, a existência de uma declaração negocial do representante, e a atribuição de poderes de representação. Assim, Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral Do Direito Civil, ob. cit.*, p.548; Rocha, Ribeiro, Geraldo A *Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português, ob. cit.*, p. 266; Correia, Ferrer, “*A Procuração na Teoria da Representação Voluntária*”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XXIV, Coimbra, Coimbra Editora, 1949, pp.254 e 255. Enumerados por Carvalho Fernandes, como “*actuação em nome de outrem, actuação no interesse de outrem e poder representativo*”. Assim, na representação há lugar ao fenómeno que o Autor designa por “dissociação subjectiva”, ou seja, “o autor material do acto e a pessoa em cuja esfera se projectam os seus efeitos” são distintos. Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, 5.ª edição revista e actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, pp.257 e 261.

<sup>264</sup> Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral Do Direito Civil, ob. cit.* pp.540.

<sup>265</sup> Também, neste sentido, *vide*, Alarcão, Rui de, “*Breve Motivação do Anteprojecto sobre o Negócio Jurídico na parte relativa ao Erro, Dolo, Coacção, Representação, Condição e Objecto Negocial*”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º138, 1964, p.104.

<sup>266</sup> Vítor, Paula Távora, “*O apelo de Ulisses- o novo regime do Procurador de Cuidados de Saúde na Lei Portuguesa*”, *ob. cit.*, p. 240, nota 57.

<sup>267</sup> *Idem*, pp. 240 e 241.



directivas, ao permitir que a decisão do procurador, que decide em vez do representado mas sempre atendendo ao seu quadro de valores e desejos, seja contemporânea da situação que urge ser resolvida. Os poderes do procurador podem assim, ser mais ou menos amplos, consoante abrangem a tomada de decisões sobre, por exemplo, a “contratação de profissionais de saúde ou a autorização de ingresso em estabelecimento de saúde” ou ainda “permitir acesso ou revelação de dados médicos”, ou se limitem à prestação do consentimento para cuidados de saúde. A Autora critica porém o facto de não se ter previsto um sistema de controlo da actuação do procurador de cuidados de saúde, sugerindo que se recorra ao controlo judicial, a partir do art. 878.º do CPC,<sup>268</sup> do qual resulta que o meio processual adequado à tutela da personalidade por via do requerimento das providências cíveis previstas no art.70.º n.º2 do CC concretiza-se no processo especial de tutela da personalidade.

Concluimos, este ponto, com a reflexão de André Dias Pereira, nos termos da qual “ não devemos estancar a investigação e o progresso da Ciência do Direito apenas porque se entende que a intransmissibilidade dos direitos de personalidade implica a negação da representação voluntária”, sujeitando-nos a ficar assim, “presos a conceitualismos”<sup>269</sup>.

---

<sup>268</sup> Vítor, Paula Távora, “*O apelo de Ulisses- o novo regime do Procurador de Cuidados de Saúde na Lei Portuguesa*”, *ob. cit.*, p. 244.

<sup>269</sup> Pereira, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente...ob. cit.*, p. 251, nota 576.

## CONCLUSÃO

Realizado o escurso sobre os tradicionais meios de protecção e suprimento das incapacidades previstas da nossa Lei Civil, a conclusão imediata a que nos permitimos chegar, acompanhando assim, a opinião consensual da doutrina, é que aqueles institutos são demasiado rígidos e pesados, que em nada favorecem o estatuto jurídico dos adultos incapazes que a eles são sujeitos.

Vimos, que é clara a desadequação dos fundamentos físicos e psíquicos que podem dar origem ao instituto da interdição ou inabilitação, que não têm em conta não só os avanços feitos na moderna psiquiatria, que assiste agora o paciente a partir de um princípio da reabilitação, como os desenvolvimentos da medicina, técnicos e farmacológicos que permitem dar às pessoas que sofram de algum tipo de patologia física uma melhor qualidade de vida, readquirindo a sua total (ou quase total) autonomia, nada justificando que sejam sujeitas a uma incapacitação legal, tão severa.

Esta conclusão é particularmente evidente, sobretudo no caso da interdição, que implica uma incapacitação geral de agir, ainda com importantes reflexos no plano pessoal, embora neste plano sejam especialmente afectados os que sofrem de anomalia psíquica.

Estes institutos são, portanto, profundamente anacrónicos e demasiado evasivos da autonomia individual das pessoas, do seu autogoverno e autodeterminação, quer pessoal quer patrimonial. Fica clara a urgência de uma reforma das incapacidades legais, à semelhança do que já aconteceu em outros países europeus, que melhor se adequem àqueles direitos, e portanto, ao princípio fundamental e fundante da dignidade da pessoa humana, construídos pelo respeito ao princípio da proporcionalidade, em todas as suas dimensões, à qual deve obedecer qualquer restrição de direitos liberdades e garantias, nos termos do art.18.º da CRP.

Mas se é este o estado de coisas perante adultos já incapazes, é com agrado que constatamos que no plano dos cuidados de saúde já foram feitos importantes avanços na consagração do respeito pelo direito de autodeterminação das pessoas. Reforçamos assim, com Rui Nunes, que “a ética fundada na dignidade humana pressupõe, necessariamente,

que novos conhecimentos na área das ciências biológicas possam questionar axiomas considerados imutáveis<sup>270</sup>.

Embora não esteja expressamente consagrado um direito à autodeterminação nos cuidados de saúde, é possível retirá-lo não só de um conjunto de direitos constitucionalmente consagrados, como da sua afirmação em diplomas internacionais, como foi o caso do precursor art.9.º da Convenção de Oviedo.

A Lei n.º25/2012 de 16 de Julho é a nosso ver, um passo importante e decisivo no respeito pela autonomia dos doentes. Embora a eficácia e a força vinculativa das DAV, tenha estado envolta, numa longa discussão, a verdade é que já grande parte da doutrina se posicionava no sentido de lhe atribuir uma eficácia forte, demonstrado que estava, que a questão da actualidade do consentimento prestado pela pessoa no documento de directivas antecipadas, não tinha necessariamente de alterar com o decorrer do tempo.

Assim, hoje reconhece-se o direito à *autodeterminação preventiva* nos cuidados de saúde, para os maiores capazes, através da formalização de um documento de directivas antecipadas de vontade, onde fica estabelecido os tratamentos ou intervenções que o paciente deseja ou não receber, no caso de por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.

Necessário é que esse documento cumpra determinados requisitos formais e materiais, e tendo embora, escapado ao legislador a imposição do médico se envolver no aconselhamento de um testamento de paciente, assegurando a sua liberdade e esclarecimento, a Lei n.º25/2012 de 16 de Julho, é já um importante marco no respeito pela autodeterminação pessoal nos cuidados de saúde.

---

<sup>270</sup> Nunes, Rui, “Consentimento informado e boa prática clínica”, in *Julgar*, Número Especial, Coimbra Editora, 2014, p.122.

## BIBLIOGRAFIA

Alarcão, Rui de, “Breve Motivação do Anteprojecto sobre o Negócio Jurídico na parte relativa ao Erro, Dolo, Coacção, Representação, Condição e Objecto Negocial”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º138, 1964.

Alves, Raúl Guichard, “*Alguns Aspectos do Instituto da Interdição*”, in *Direito e Justiça*, Vol. IX, Tomo 2, 1995.

Andrade, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol I, Sujeitos e Objecto, 4.ª reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1974.

Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

Andrade, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

André Gonçalo Dias, “*A Capacidade para Consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*”, in *sep. Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 da Reforma de 1977*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

Ascensão, José de Oliveira, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, Lisboa, 1996.

Bronze, Fernando José, *A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença, (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994.

Canotilho, José Joaquim Gomes / Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007.

Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> edição (4.<sup>a</sup> reimpressão), Almedina, Coimbra.

Carvalho, Orlando de, *Os Direitos do Homem no Direito Civil Português*, Textos Vértice, Coimbra, 1973.

Carvalho, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, coordenação de Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães, Maria Regina Redinha, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, 2012.

Carvalho, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil, sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2.º ano (1.ª turma) do Curso Jurídico de 1980/81*, Centelha, Coimbra, 1981.

Coelho, Francisco Pereira / Oliveira, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, Introdução, Direito Matrimonial, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, 2008.

Coelho, Francisco Pereira / Oliveira, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, Vol. II, Direito da Filiação, Tomo I, Estabelecimento da Filiação, Adopção, Coimbra Editora, 2006.

Correia, A. Ferrer / Correia, Eduardo, “*Fundamentos da Interdição por Demência, alguns aspectos do problema*”, *separata da revista de Legislação e Jurisprudência*, (ano 86.º, n.º3016 a 3020), Coimbra, 1954.

Correia, Ferrer, “*A Procuração na Teoria da Representação Voluntária*”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XXIV, Coimbra, Coimbra Editora, 1949.

Costa, Américo de Campos, *Incapacidade e Formas do seu Suprimento, Anteprojecto do Código Civil*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º111, 1961.

Costa, José de Faria, “*O Fim da Vida e o Direito Penal*”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, Tomo I, 2.<sup>a</sup> edição (2.<sup>a</sup> reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

Dias, Jorge Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo I*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. I*, 5.<sup>a</sup> edição revista e actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009.

Fernandes, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II*, 5.<sup>a</sup> edição revista e actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010.

Gomes, Joaquim Correia, “*Constituição de Consentimento Informado: Portugal*”, in *Julgar*, Número Especial, Coimbra Editora, 2014.

Gonçalves, Luiz da Cunha, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português, Vol. II*, Coimbra Editora, Coimbra, 1930.

Lima, Pires de / Varela, Antunes, *Código Civil Anotado, Volume I*, 4.<sup>a</sup> edição revista e actualizada, Coimbra Editora, Limitada, 1987.

Loureiro, João Carlos S. G., “*Metáfora do Vegetal ou Metáfora Pessoal, Considerações Jurídicas em Torno do Estado Vegetativo Crónico*”, in *Cadernos de Bio-Ética*, n.º 8, Coimbra, 1994.

Loureiro, João Carlos, “*Saúde no Fim da Vida: entre o amor, o saber e o direito*”, in *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º4, 2008.

Loureiro, João Carlos, *Advance Directives: A Portuguese Approach, Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5, n.º9, 2008.

Nunes, Rui / Melo, Helena Pereira de, *Testamento Vital*, Coimbra, Edições Almedina, 2011.

Nunes, Rui, “*Consentimento informado e boa prática clínica*”, in *Julgar*, Número Especial, Coimbra Editora, 2014.

Nunes, Rui, “*Dimensão Ética da Abordagem do Doente Terminal*”, in *Cadernos de Bio-Ética*, n.º 5, Coimbra, 1993.

Oliveira, Guilherme de / Moniz, Helena / Pereira, André, “*Consentimento Informado e Acesso ao Processo Clínico- Um Anteprojecto de 2010*”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 9, n.º18, 2012.

Oliveira, Guilherme de, “*Estrutura do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 125.º, n.ºs 3814-3825, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

Oliveira, Guilherme de, “*O Fim da «Arte Silenciosa» - (o dever de informação dos médicos)*”, in *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

Oliveira, Guilherme de, “*Saúde Mental e Direito*”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 10, n.º 19, Janeiro/Julho 2013.

Pereira, André Gonçalo Dias, “*Alguns Aspectos do Consentimento Informado*”, in *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º0, Almedina, 2014.

Pereira, André Gonçalo Dias, “*Declarações Antecipadas de Vontade: Vinculativas ou Apenas Indicativas?*”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. IV, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra Editora, 2010.

Pereira, André Gonçalo Dias, “*Diretivas Antecipadas de Vontade em Portugal*”, in *Julgar*, Número Especial, Coimbra Editora, 2014.

Pereira, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, 2012.

Pereira, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, estudos de direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral Do Direito Civil*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2005.

Pinto, Mota, “*Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau*”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol.76, 2000.

Pinto, Carlos Alberto da Mota, “*Valor dos actos jurídicos dos dementes*”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XII, Coimbra, Atlântida Editora, 1965.

Raposo, Vera Lúcia, “*Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida*”, in *Revista do Ministério Público*, n.º125, 2011.

Raposo, Vera Lúcia, “*Entre a Vida e a Morte: Responsabilidade Médica nas Decisões em Fim de Vida*”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 9, n.º18, 2012.

Ribeiro, Geraldo Rocha, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

Sá, Filipa A. C. Patrão de, *Disposição Antecipada de Paciente, Legitimação e Limites*, Coimbra.

Santos, Emídio, *Das Interdições e Inabilitações, Dos processos especiais*, Quid Juris, Sociedade Editora, 2011.

Santos, Laura Ferreira dos, *Testamento Vital - O que é? Como elaborá-lo?*, 1.ª edição, Porto Editora, 2011.

Silva, José de Oliveira e, “*O Homem e as suas perturbações mentais no direito civil português, Revista da Ordem dos Advogados*”, Ano 22, Lisboa, 1962.

Sousa, Ana / Amaral, José / Pereira, André Dias, “*O Suicídio dos Doentes Psiquiátricos e os Deveres de Cuidado das Instituições de Saúde Mental*”, *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 10, n.º 20, 2013.

Sousa, António Pais de / Matias, Carlos Frias de Oliveira, *Da Incapacidade Jurídica dos Menores, Interditos e Inabilitados*, 2.ª Edição, revista e actualizada, Livraria Almedina, Coimbra, 1983.

Sousa, Rabindranath Capelo de, *Lições de Direito da Sucessões*, Vol. I, 4.ª edição renovada, Coimbra Editora, 2000.

Sousa, Rabindranath Capelo de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, Coimbra Editora, 2003.



Sousa, Rabindranath V. A. Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, 1.<sup>a</sup> edição (reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora.

Varela, Antunes, “*Alterações Legislativas do Direito ao Nome*”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 116-º, n.º 3710.

Vasconcelos, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2005.

Vítor, Paula Távora, “*O apelo de Ulisses- o novo regime do Procurador de Cuidados de Saúde na Lei Portuguesa*”, in *Julgar*, Número Especial, 2014.

Vítor, Paula Távora, “*Procurador para Cuidados de Saúde- Importância de um Novo Decisor*”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 1, 2004.

Vítor, Paula Távora, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.