

SECÇÃO 4.^a — DECISÕES DE REPRESENTAÇÃO OU SUBSTITUIÇÃO

O APELO DE ULISSES — O NOVO REGIME DO PROCURADOR DE CUIDADOS DE SAÚDE NA LEI PORTUGUESA ¹

Paula Távora Vítor ²

*“Às Sereias chegarás em primeiro lugar, que todos
os homens enfeitiçam que delas se aproximam. (...)
Mas se tu próprio quiseres ouvir o canto,
Deixa que, na nau veloz, te amarrem as mãos e os pés
enquanto estás de pé contra o mastro; e que as cordas sejam
atadas ao mastro, para que te possas deleitar com a voz
das duas Sereias. E se a eles ordenares que te libertem,
então que te amarrem com mais cordas ainda.”*
HOMERO, *Odisseia*, Canto XII³

Resumo: O presente artigo trata da figura do procurador de cuidados de saúde, recentemente introduzida no ordenamento jurídico português pela Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho. Nesta breve análise debruçamo-nos sobre o significado deste instrumento no quadro das respostas à incapacidade e seguimos o seu processo de acolhimento no nosso sistema. Tratamos, ainda, dos aspectos do regime jurídico que nos parecem mais relevantes. Debruçamo-nos, nomeadamente, sobre os sujeitos envolvidos, os poderes do procurador, sua extensão e limites, a relação da procuração de cuidados de saúde com outros instrumentos de protecção, nomeadamente com os testamentos vitais e com a tutela. Tecemos ainda considerações relativas à forma desta procuração e à sua extinção.

Palavras-chave: Autonomia, capacidade diminuída, directivas antecipadas, incapacidade, Procurador de cuidados de saúde.

Abstract: This article focus attention on the attorney for health care, recently introduced in the Portuguese legal system by Act n.º 25/2012 of 16th July. In this brief analysis we focused on the meaning of this instrument in the context of responses to incompetence and followed the process of acceptance in our system. Also take care of the aspects of the legal system that seem most relevant. We focused in particular on the persons involved, the powers of attorney, their extent and boundaries, the relationship of attorney for health care with other instruments of protection, particularly with living wills and guardianship. Still weave considerations about the form of this proxy and its extinction.

Keywords: Autonomy, advanced directives, diminished capacity, health care power of attorney. incompetence.

¹ O presente texto serviu de base à palestra proferida no dia 1 de Junho de 2013, na acção de formação “Directivas Antecipadas de Vontade”, organizada pelo Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pela Secção Regional do Centro da Ordem dos Médicos. Não queria deixar de referir que a versão final deste texto beneficiou dos comentários dos Senhores Drs. André Dias Pereira, João Maia Rodrigues e Sofia Henriques, proferidos no debate subsequente à palestra, em particular, relativamente ao problema da forma da procuração de cuidados de saúde.

² Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

³ Homero, *Odisseia*, tradução de Frederico Lourenço, Livros Cotovia, Lisboa, 2003, p. 200.

1. INTRODUÇÃO

Deste modo, foi aconselhado Ulisses, pela feiticeira Circe, a assegurar a sua sobrevivência, assim que perdesse a razão. Na previsão de sucumbir ao encantamento das vozes das Sereias, que o levaria à morte certa, Ulisses, “o dos mil artifícios”, socorre-se mais uma vez de um engenhoso mecanismo que lhe permite superar a adversidade — ordena aos seus marinheiros, de ouvidos tapados e, portanto, surdos aos seus rogos e às vozes das Sereias, que o amarrem ao mastro do seu barco e que não obedeçam às suas ordens ensandecidas pelo feitiço do canto. Abdica, enquanto está privado do controlo racional do seu pensamento, do comando do seu barco e da sua pessoa, para o atribuir à sua tripulação. E, deste modo, a epopeia homérica cria uma poderosa imagem do exercício da *autonomia prospectiva*⁴ do planeamento para a eventualidade de uma incapacidade futura⁵.

Este apelo intemporal ao controlo da própria vida, mesmo quando a faculdade de a entender e de nos determinarmos em função desse entendimento já não exista, tem recebido poucas respostas por parte do ordenamento jurídico português. Todavia, a consagração recente, pela Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho, da figura das directivas antecipadas e, no que aqui nos ocupa, do procurador de cuidados de saúde veio temperar esta afirmação.

A procuração de cuidados de saúde é definida pela lei como o “documento pelo qual se atribui a uma pessoa, voluntariamente e de forma gratuita, poderes representativos em matéria de cuidados de saúde, para que esta os exerça no caso de o outorgante se encontrar incapaz de expressar de forma pessoal e autónoma a sua vontade” (art. 12.º, n.º 1, da Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho).

1.1. A procuração de cuidados de saúde como resposta à incapacidade

Deste modo, em primeiro lugar, o novo instrumento é apresentado como uma *resposta à incapacidade*, que pensamos ser a pedra de toque do regime e referência incontornável para a sua análise.

Assim, por um lado, o procurador de cuidados de saúde surge como um *elemento perturbador* do arranjo clássico da resposta às incapacidades. Na

⁴ O termo foi cunhado por DWORKIN, Ronald em *Life's dominion: an argument about abortion and euthanasia*, London: Harper Collins Publishers, 1993.

⁵ Ao recorrermos a esta imagem, não ignoramos, todavia, os ensinamentos de Maria Helena da Rocha Pereira e que, não obstante o reconhecimento de que o herói da Odisseia busca conscientemente a excelência (*arete*) através do seu comportamento, a noção de livre-arbítrio só surgirá posteriormente e, portanto, não integra a concepção do homem nos Poemas Homéricos. V. PEREIRA, Maria Helena da Rocha, *Estudos de História de Cultura Clássica*, vol. I, 6.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1987, pp. 114 e 124. Sobre esta imagem, v. STAVIS, P. F., “The Nexum: a modest proposal for self-guardianship by contract: a system of advance directives and surrogate committee-at-large for the intermittently mentally ill.” *The Journal of Contemporary Health Law and Policy*, vol. 16, 1999, p. 41.

verdade, estamos perante um mecanismo de representação voluntária, que é tradicionalmente reservada a quem presumivelmente está na plena posse das suas faculdades, a pessoa capaz para o exercício de direitos. Já a incapacidade reclamaria, antes, um representante legal (ou um assistente)⁶⁻⁷. Ora, aqui é a própria incapacidade (veremos em que termos) que espolia o exercício dos poderes representativos por parte do procurador.

Mas, por outro lado, simultaneamente, apresenta a *configuração adequada* para responder às actuais exigências no campo da regulação da incapacidade, nomeadamente, a exigências de natureza constitucional.

Na verdade, a figura do procurador de cuidados de saúde pretende encaixar-se no quadro das respostas delineadas pela *doutrina da alternativa menos restritiva*⁸ que aponta para a prioridade de uma intervenção mínima no âmbito da restrição de direitos fundamentais e, portanto, também do direito à capacidade civil (art. 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa). É, aliás, o que nos exige o regime consagrado na Lei Fundamental, que define que as limitações à classe dos direitos, liberdades e garantias se pauta, entre outros, pelo princípio da proibição do excesso ou proporcionalidade em sentido amplo (art. 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa)⁹, segundo o qual qualquer restrição deve ser “adequada (apropriada), necessária (exi-

⁶ Cf., entre outros, PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Ed., por António Pinto Monteiro e Carlos Mota Pinto, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 195, HÖRSTER, H. E., *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 309.

⁷ Quanto à admissibilidade da procuração de cuidados de saúde no ordenamento jurídico português, veja-se LOUREIRO, João Carlos, “Metáfora do Vegetal ou Metáfora do Pessoal? — considerações em torno do estado vegetativo crónico”, *Cadernos de Bioética*, n.º 8, p. 41, e PEREIRA, André Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 250 ss., VÍTOR, Paula Távora, “Procurador para Cuidados de Saúde — importância de um novo decisor”, *Lex Medicinæ— Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 1, Ano 1, 2005, p. 123-125 e RAPOSO, Vera Lúcia, “Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida”, *Revista do Ministério Público*, n.º 125, Janeiro/Março de 2011, p. 176.

⁸ A doutrina da alternativa menos restritiva foi enunciada pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos, em 1960, no caso *Shelton v. Tucker*, que estabeleceu o princípio geral segundo o qual os Estados, na prossecução dos seus objectivos, deveriam escolher os métodos menos lesivos dos direitos fundamentais dos seus cidadãos e foi concretizada no âmbito das incapacidades em *Lake v. Cameron*.

B. T. Shelton et al., Appellants, v. Tuck, Everett, Jr., etc., et al. Max Carr et al., Petitioners, v. Young, R. A. et al. 364 U.S. 479, 81 S.Ct. 247 Nos. 14, 83. Argued Nov. 7, 1960. Decided Dec. 12, 1960. Supreme Court of the United States. Cf. Leary, Jamie L., “A Review of Two Recently Reformed Guardianship Statutes”, *The Virginia Journal of Social Policy and the Law*, vol.5, n.1, Fall 1997, p. 263 ss..

⁹ No contexto do Direito alemão, Claus-Wilhelm Canaris desenvolveu idêntica aproximação ao princípio da proibição do excesso no âmbito das incapacidades, ainda face ao anterior regime da *Vormundschaft* e da *Entmündigung*. V. CANARIS, Claus-Wilhelm, “Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht des Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht”, *Juristen Zeitung*, 42. Jahrgang, 21, 6. November, 1987, p. 993-995 e CANARIS, Claus-Wilhelm, “Zur Problematik von Privatrecht und verfassungsrechtlichem Übermaßverbot im Recht des Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht — Ein Schlußwort zu den vorstehend abgedruckten Er widerungen von Ramm und Wieser”, *Juristen Zeitung*, 42. Jahrgang, 21, 6. November, 1988, p. 495.

gível) e proporcional (com justa medida)”¹⁰. É também para esta orientação que apontam as Recomendações do Conselho da Europa mais relevantes nesta área, nomeadamente a *Recomendação n.º R(99)4 do Conselho da Europa, relativa aos Princípios Respeitantes Protecção Jurídica dos Maiores Incapazes*, que consagra os princípios da necessidade e da subsidiariedade (princípio 5)¹¹, nos termos dos quais uma “medida de protecção” só deve ser adoptada quando necessária e que deve ser adoptado o “mecanismo menos formal”, a “reacção perfeitamente adaptada às necessidades da situação”, o que, segundo o Princípio 2 (flexibilidade na resposta jurídica), só se justifica defender quando os sistemas jurídicos disponibilizam um largo leque de soluções jurídicas adequadas a diferentes situações¹². A mais recente *Recomendação n.º CM/Rec (2009)11 do Conselho da Europa (Principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity)* ancora-se na sua predecessora de 1999 e recomenda aos Estados-membros que introduzam (ou actualizem) legislação sobre procuradores permanentes (*continuing powers of attorney*) e directivas antecipadas, no sentido de se promoverem também aqueles princípios¹³.

Ora, a consagração da procuração de cuidados de saúde representou a introdução verdadeiramente inovadora de um mecanismo¹⁴ *tailorable*, ou seja, moldável em função das circunstâncias pessoais de cada um na área das incapacidades.

Por esta via, passa a ser possível também integrar *as exigências de promoção da autonomia* que devem presidir aos regimes jurídicos de resposta à capacidade diminuída, que se podem identificar em *dois níveis distintos*: por um lado, na manutenção de um nível máximo de capacidade adequado à situação concreta, *i.e. incapacitando o mínimo*; por outro lado, através da *valorização de manifestações antecipadas de vontade*, que prevêm situações em que a autonomia já não existe.¹⁵

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. Ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 457.

¹¹ Conseil de l'Europe, *Principes Concernant La Protection Juridique des Majeurs Incapables, Recommandation n.º R (99)4 adoptée par le Comité des Ministres de Conseil de l'Europe le 23 février 1999 et exposé des motifs*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, juillet 1999, p. 31.

¹² Conseil de l'Europe (nota 9), p. 27.

¹³ Recommendation CM/Rec(2009)11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity (*Adopted by the Committee of Ministers on 9 December 2009 at the 1073rd meeting of the Ministers' Deputies*).

¹⁴ A *Recomendação n.º R 99(4) sobre princípios respeitantes à protecção jurídicas de maiores incapazes* classifica como “mecanismos de protecção” os instrumentos que são da lavra da própria pessoa protegida ou de terceiros, que não agem no exercício de funções judiciais ou administrativas e como “medidas de protecção” os que provêm de uma autoridade judiciária ou administrativa. Conseil de l'Europe (nota 9), p. 25

¹⁵ Veja-se o nosso, VÍTOR, Paula Távora, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 15.

Ao facultar um instrumento de exercício de autodeterminação, o legislador permite gerir autonomamente a própria esfera de interesses ¹⁶, evitar incertezas em relação a quem tem o poder para decidir em questões de saúde, honrando o desejo de atribuir a determinada pessoa o poder de tomar decisões em vez da pessoa com incapacidade ¹⁷ e definindo o padrão de actuação ¹⁸.

Além destas considerações inerentes à natureza e ao carácter jurídico do referido expediente, convirá não esquecer que a sua importância vai crescer *pari passu* com o fenómeno do envelhecimento das populações ocidentais e, em particular, do nosso país. Deste modo, o movimento demográfico, mas também a sedimentação e crescimento de uma cultura (também jurídica) ligada ao *empowerment* deste grupo etário, têm a potencialidade de catapultar a relevância social do procurador de cuidados de saúde.

1.2. A procuração dos cuidados de saúde como instrumento da área da saúde

Em segundo lugar, a procuração de cuidados de saúde apresenta-se como uma resposta à incapacidade, mas *limitada à área da saúde* ¹⁹. Assim, emerge, em primeira linha (embora não exclusivamente) como um meio de suprimento da vontade para prestar o *consentimento para o acto médico* ²⁰.

¹⁶ Neste sentido, v. Joaquim de Sousa Ribeiro, que distingue os conceitos de “autonomia” e “autodeterminação”. Para o Autor, a autonomia privada é “um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação das relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam” e a autodeterminação refere-se ao “poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida segundo as suas preferências”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 21 ss.

¹⁷ Continua a causar-nos grande perplexidade que o artigo 143.º, al. b) do Código Civil possibilite aos pais ou progenitor que exercer as responsabilidades parentais designar o tutor do filho em testamento ou documento autêntico ou autenticado e que o próprio representado, em previsão de uma incapacidade futura, não o possa fazer. A figura do procurador de cuidados de saúde, ainda que numa área limitada, tem o mérito de permitir a designação de um representante.

¹⁸ Sobre estas possibilidades abertas pela procuração de cuidados de saúde, ver o nosso, VÍTOR, Paula Távora (nota 5), pp. 126 ss.

¹⁹ Espera-se, há muito, do legislador português que reformule o tratamento jurídico das incapacidades e tornando-o mais consentâneo com o actual entendimento dos direitos fundamentais das pessoas com capacidade diminuída e com a compreensão clínica e social dos fundamentos da incapacidade. Esta intervenção global não teve ainda lugar, subsistindo, assim, como resposta primeira do sistema a interdição ou a inabilitação da pessoa com capacidade diminuída. A introdução de um representante voluntário na área das incapacidades representa um passo à frente na actualização do nosso quadro de respostas. Todavia, teria sido também possível abrir o recurso a este tipo de representante também noutras áreas, nomeadamente na área patrimonial. Já tivemos oportunidade de propor que se recorra à figura do “mandato permanente” para este efeito. Veja-se o nosso, VÍTOR, Paula Távora (nota 13), p. 229 ss. e 323-326.

²⁰ Sobre o consentimento médico no direito português, ver OLIVEIRA, Guilherme de, “A estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica”, in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 59-72, PEREIRA, André Dias (nota 5),

É verdade que, no esquema clássico da aproximação à capacidade diminuída, enquadrado pela interdição (e, eventualmente, pela inabilitação)²¹, ao tutor (e, quando assim é determinado na sentença²², ao curador) cabem as funções de representação também em matéria de saúde e, tradicionalmente, a pessoa incapacitada deixaria de ter uma palavra a dizer neste âmbito²³. No entanto, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina introduziu, em 2001, um novo elemento, dispondo que “[a] pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização” (art. 6.º, n.º 3 da CEDHB). E, deste modo, dá relevância à capacidade de facto da pessoa com capacidade diminuída relativa a este acto específico.

Assim, o destacamento da área da saúde justifica-se. Não é nova a exigência de uma categoria relativa à “capacidade para consentir” (*competence to consent*)²⁴, que se autonomize da “capacidade de exercício de direitos”, pensada para o mundo das transacções patrimoniais e dos interesses de natureza económica. E, se a falta de capacidade (ou melhor, a capacidade diminuída) foi pensada nestes termos, as respostas dadas pelo ordenamento jurídico acompanharam-na²⁵. Ora, face à inadequação e rigidez dos esquemas tradicionais, a procuração para cuidados de saúde emerge como um mecanismo concebido, ou, pelo menos, passível de ser pensado, para responder às particularidades do consentimento médico e da protecção das dimensões da personalidade que estão implicadas.

especialmente pp. 95 ss., e RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação de Vontade do Paciente)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, especialmente pp. 49 ss. Quanto à discussão acerca da natureza jurídica do consentimento, v. RESCH, Reinhard, *Die Fähigkeit zur Einwilligung — zivilrechtliche Fragen, in Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit* (hrsg. Christian Kopetzki), Wien, Manzschke Verlag — und Universitäts buchhandlung, 2002, p. 52. No contexto nacional, André Dias Pereira pronuncia-se pela natureza de quase-negócio jurídico do consentimento, em PEREIRA, André Dias (nota 5), p. 137.

²¹ Não ignoramos que possam estar em causa situações de incapacidade de facto, em que não houve incapacitação judicial, no entanto, as respostas do ordenamento jurídico pensam-se em torno da interdição e da inabilitação.

²² Na verdade, pensamos que no âmbito da inabilitação que pode ser moldado pela sentença, podem atribuir-se poderes ao curador para além da tradicional área patrimonial, inclusivamente, atribuindo-lhe poderes de representação. VÍTOR, Paula Távora (nota 13), p. 42.

²³ Na sua revisão dos requisitos da validade do consentimento, João Vaz Rodrigues apresenta a capacidade como o primeiro elemento a considerar. RODRIGUES, João Vaz (nota 18), pp. 197 ss.

²⁴ Sobre esta categoria, ver a obra de GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul, *Assessing competence to consent to treatment: a guide for physicians and other health professionals*, New York; Oxford: Oxford University Press, 1998.

²⁵ Sobre os limites do poder do tutor relativamente aos actos pessoalíssimos, ver SANTOSUOSSO, Amedeo, “Trattamenti medici in situazioni critiche: la discussione in Parlamento sulle direttive anticipate”, in *Scelte sulle Cure e Incapacità: Dall’Amministrazione di Sostegno di Sostegno alle Direttive Anticipate*, a cura di Patrizia Borsellino, Dominique Feola, Lorena Forni, Varese, Insubria University Press, 2007, p. 86 s.

2. A PROCURAÇÃO DOS CUIDADOS DE SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Antes de 2012 (da Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho), as manifestações antecipadas de vontade na área da saúde (incluindo a procuração para cuidados de saúde) não eram figuras totalmente estranhas à ordem jurídica nacional. De facto, encontravam-se já vezes ²⁶ a defender a atendibilidade de manifestações de vontade anteriores ao advento de uma incapacidade.

E, na verdade, tal posição encontrava-se estribada na própria lei. Com efeito, a ratificação, em 2001, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina, introduziu no ordenamento jurídico nacional as regras aí consagradas, não só o já referido art.º 6º, n.º 3, mas, principalmente o art.º 9º, que dispõe 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*” (itálico nosso).

Também o Conselho da Europa, dirigindo-se aos seus Estados-membros, se posicionou claramente a favor da atendibilidade destas manifestações de vontade, particularmente nas já mencionadas Recomendação n.º R(99)4, e Recomendação n.º CM/Rec(2009)11, que versa especificamente os procuradores para casos de incapacidade e as directivas antecipadas.

Não é de estranhar, portanto, que as normas constantes do Código Deontológico da Ordem dos Médicos consagrem desde 2008 que, no caso de haver “uma *directiva escrita* pelo doente exprimindo a sua vontade, o *médico deve tê-la em conta* quando aplicável à situação em causa” (art.º 46, n.º 2, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos).

Este quadro favorável à consideração de manifestações antecipadas de vontade na área da saúde é reforçado pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), em particular em dois pareceres que se referem em geral às declarações antecipadas de vontade, incluindo o Procurador de Cuidados de Saúde (Parecer sobre os projectos de lei relativos a declarações antecipadas de vontade do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (59/CNECV/2010) ²⁷ e Parecer sobre o estado vegetativo per-

²⁶ LOUREIRO, João Carlos (nota 5), p. 41 e “Advance Directives: a Portuguese approach”, *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 5, n.º 9, 2008, p. 7, PEREIRA, André Dias (nota 5), p. 250 e “Declarações Antecipadas de Vontade: Vinculativas ou apenas Indicativas?” in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 828, 829.

²⁷ Neste parecer, “O CNECV reconhece a conveniência em se regular por via legislativa a forma como os cidadãos, maiores de idade e na plena posse das suas capacidades e direitos, podem declarar a sua vontade no que se refere a tratamentos e outros procedimentos relacionados com a sua saúde. Assim, se perderem a sua capacidade em exprimir a sua vontade, esta pode ser conhecida tal como anteriormente a expressaram”. Parecer n.º 59 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (59/CNECV/2010) Parecer sobre os Projectos de Lei relativos às Declarações Antecipadas de Vontade (Dezembro de 2010), p. 2.

sistente do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (45/CNECV/2005) ²⁸⁾ ²⁹⁾.

O interesse do legislador nesta matéria é relativamente recente, não obstante assistirmos a iniciativas legislativas desde 2008, no sentido de consagrar um regime das declarações ou directivas antecipadas de vontade, nomeadamente do procurador de cuidados de saúde, que não vieram a desembocar em nenhum diploma legal. ³⁰⁾

3. REGIME JURÍDICO DA PROCURAÇÃO DE CUIDADOS DE SAÚDE

Ocupemo-nos, agora, de algumas *questões relativas ao regime* da nova procuração de cuidados de saúde, que a lei define como o “documento pelo qual se atribui a uma pessoa, voluntariamente e de forma gratuita, poderes representativos, em matéria de cuidados de saúde, para que esta os exerça no caso de o outorgante se encontrar incapaz de expressar de forma pessoal e autónoma a sua vontade” (art. 12.º, n.º 1 ³¹⁾).

A Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho, dedica-lhe especificamente o capítulo III, quatro artigos de entre os dezoito do diploma, negligenciando a referência expressa a vários aspectos do regime. Dir-se-ia que o termo “directivas antecipadas de vontade” comumente inclui tanto a figura do testamento vital como a do procurador de cuidados de saúde e que, aliás, os projectos que antecederam o diploma analisado assumem a terminologia pacificamente aceite. Tal abriria a porta para aplicar tudo aquilo que está previsto para as “directivas antecipadas de vontade” no capítulo II à procuração de cuidados de saúde. No entanto, o legislador não deixou esta via desimpedida. Preocupou-se em dar uma definição de “directivas antecipadas de vontade” no artigo 2.º, n.º 1 que não parece querer incluir o procurador de cuidados de saúde,

²⁸⁾ O CNECV é de parecer que: (...) 3. Toda a decisão sobre o início ou a suspensão de cuidados básicos da pessoa em Estado Vegetativo Persistente deve *respeitar a vontade do próprio*. 4. A vontade pode ser expressa ou presumida ou *manifestada por pessoa de confiança previamente designada* por quem se encontra em Estado Vegetativo Persistente. (...). Parecer n.º 45 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (45/CNECV/2005) Parecer sobre o Estado Vegetativo Persistente (Fevereiro de 2005), p. 3.

²⁹⁾ Também no Parecer n.º 46 sobre objecção ao uso de sangue e derivados para fins terapêuticos por motivos religiosos do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (46/CNECV/2005) é abordado o tema das declarações antecipadas de vontade, mas a figura do procurador de cuidados de saúde não é autonomamente referida, sendo o parecer orientado em função da consideração do testamento vital. Veja-se o trabalho de André Dias Pereira, sobre o significado das orientações em sentido diverso dos pareceres de 2005 do CNECV, PEREIRA, André Dias, “Declarações Antecipadas de Vontade: Vinculativas ou apenas Indicativas?”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 823 ss.

³⁰⁾ Vejam-se nas anteriores legislaturas, o projecto de lei n.º 788/X, relativo aos direitos dos doentes à informação e ao consentimento informado, e os projectos de lei n.º 413/XI, n.º 414/XI, n.º 428/XI e n.º 429/XI.

³¹⁾ Na ausência de referência do diploma a que pertencem, as disposições mencionadas neste artigo referem-se à Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho.

mas apenas definir o que é o testamento vital, separação, aliás, que já encontramos no título do diploma (“Regula 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)) (sublinhado nosso)^{32,33} Não parece assim que o legislador se tenha limitado a expressar-se de forma imperfeita. Pelo contrário, consistentemente insistiu na demarcação daquilo a que chama “directivas antecipadas de vontade” face ao “procurador de cuidados de saúde”. Assim, não parece que o capítulo II tenha sido configurado como o repositório das “disposições gerais”, aplicáveis aos dois instrumentos.

Aliás, se adoptássemos uma interpretação generosa de inclusão do procurador de cuidados de saúde nas “directivas antecipadas de vontade” da Lei, demonstrando muito pouco apego à formulação literal escolhida, enfrentaríamos com perplexidade algumas das opções do legislador: o facto de ter entendido como necessária a remissão do artigo 11.º, n.º 2, para o artigo 4.º (que nesse caso seria desnecessária); a remissão para os artigos relativos à procuração no Código Civil, nomeadamente, ao artigo 262.º, n.º 2, do Código Civil, relativo à forma, que, ou serve para afastar a forma de documento escrito a que se refere o artigo 3.º, ou para fazer uma alusão à combinação com o testamento vital (que não tem de existir, como veremos); a determinação da livre revogabilidade pelo outorgante no artigo 13.º, que repetiria a norma do artigo 8.º, n.º 1, que nos diz que o “documento de directivas antecipadas de vontade é revogável ou modificável, no todo ou em parte, em qualquer momento, pelo autor”.

De todo o modo, não raro encontraremos os mesmos fundamentos para aplicar ao procurador de cuidados de saúde as regras do testamento vital,

³² Veja-se, também, a formulação do artigo 15.º, n.º 1, relativo ao Registo Nacional de Testamento Vital, em que a formulação do preceito separa novamente as duas figuras: a finalidade do RENTEV é “rececionar, registar, organizar e manter actualizada (...) a informação e documentação relativas ao documento de directivas antecipadas de vontade e à procuração de cuidados de saúde” e do artigo 16.º, n.º 1, que nos indica que o “registo no RENTEV tem valor meramente declarativo, sendo as directivas antecipadas de vontade ou a procuração de cuidados de saúde nele não inscritas igualmente eficazes (...)”(sublinhados nossos). Cf. ainda os artigos 16.º, n.º 2 e 17.º, que se referem às “directivas antecipadas de vontade e ou procuração de cuidados de saúde” (*sic*).

³³ O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, no Parecer sobre as Propostas de Portaria que regulamentam o Modelo de Testamento Vital e o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV) (69/CNECV/2012 (dezembro de 2012), p. 3, também parece assumir esta revisão terminológica feita pela lei, já que refere que “[o] cidadão deve ser avisado, tanto na Portaria como no modelo de preenchimento, que pode optar apenas pela designação de um procurador de cuidados de saúde, apenas pela redação da DAV (em modelo proposto ou redação livre), ou por ambos”, ao arremeter, aliás da formulação que tinha adoptado em 2010 (Parecer n.º 59 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (59/CNECV/2010) Parecer sobre os Projectos de Lei relativos às Declarações Antecipadas de Vontade (Dezembro de 2010), p. 2 e 4), em que considera que as “declarações antecipadas de vontade” (utilizadas comumente no mesmo sentido de “directivas antecipadas de vontade”) encerram duas dimensões: a de “testamento vital” ou disposições escritas e a designação de procurador de cuidados de saúde.

pelo que, embora não procedendo directamente à sua aplicação a analogia pode justificá-la, como oportunamente indicaremos.

3.1. O outorgante

Em termos de regime, em primeiro lugar, há que definir *quem é o outorgante* deste documento, o representado, cuja figura se delinea sob o signo da (in)capacidade. Na verdade é a falta ou a diminuição de capacidade do representado que justifica e que conforma este instrumento, a vários níveis.

A procuração de cuidados de saúde é o documento em que alguém “*voluntariamente*” nomeia um representante para a área dos cuidados de saúde.

Assim, num primeiro momento, há que aferir se a vontade expressa pelo outorgante é regular, nomeadamente, quanto à sua *capacidade* para a formar e exprimir. O artigo 4.º (por remissão do art.º 11.º, n.º 2) estabelece tais requisitos de validade: ser maior de idade, não se encontrar interdito ou inabilitado por anomalia psíquica e encontrar-se capaz de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido.

Deste modo, afastam-se os menores de idade, mas nem todos os “incapazes para o exercício de direitos”. Admite-se que quem seja interdito ou inabilitado por outra causa que não anomalia psíquica (ou seja, surdez-mudez, cegueira, ou no caso de inabilitação, prodigalidade ou abuso de bebidas alcoólicas ou estupefacientes) possa ser outorgante de uma procuração de cuidados de saúde. Tal é imediatamente perceptível para a inabilitação, que estabelece um círculo de incapacidade mais delimitado (cujo núcleo intangível abrange apenas os “actos de disposição de bens entre vivos” — art. 153.º, n.º 1, do Código Civil), mas não para a interdição, que determinaria, à partida, uma incapacidade geral.

Atentemos, então, no terceiro elemento a considerar: é necessário que “[se] encontrem capazes de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido”. Isto implica uma avaliação casuística da *capacidade para consentir*, que adquire aqui relevância autónoma e se destaca de uma incapacitação geral eventualmente determinada, que é assim limitada (e abre necessariamente a porta para um novo representante coexistir com o tutor, que, em princípio, teria poderes de decisão também nesta matéria). Mas, se, por um lado, por esta via se possibilita o recurso à procuração de cuidados de saúde também por adultos “incapacitados”, por outro lado, é ela também que permite vedar o acesso àqueles que se encontrem numa situação de incapacidade de facto, *i.e.* que não sejam capazes de querer e entender, mas que não tenham sido judicialmente incapacitados (interditos ou inabilitados), se não apresentarem a mencionada capacidade “de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido”.

Mas como se faz a avaliação dessa capacidade? Ou seja, ultrapassando os dois primeiros momentos, de verificação formal do *status*, como se determina a *capacidade para consentir*?

Impõe-se enveredar por um modelo funcional³⁴ da determinação da capacidade, assumindo que esta não é um conceito monolítico, mas que depende também da particular decisão que tem de ser tomada³⁵. Ou seja, a capacidade pode ser considerada como um *continuum* que apresenta vários níveis. O respeito pela autodeterminação exige que se faça a determinação da capacidade para cada actividade, para cada decisão específica³⁶. Esta postura assume, aliás, particular importância quando lidamos com doenças neurodegenerativas, em que as pessoas podem manter capacidade para tomar determinadas decisões.

Aliás, a avaliação da falta de capacidade ou da capacidade diminuída do outorgante vai ser relevante também num segundo momento — na verdade, o procurador só é nomeado para actuar em vez do outorgante quando este se encontrar “incapaz de expressar de forma pessoal e autónoma a sua vontade”.

Assim, no primeiro momento está apenas em causa aferir da possibilidade de formar e exprimir a vontade para outorgar aquele documento, mas, neste segundo momento, está em causa determinar a (in)capacidade para abrir um espaço para que alguém aja “em vez de”, ocupando o seu espaço decisório.

Isto não significa que o funcionamento da procuração de cuidados de saúde implique consequências ao nível da capacidade civil do outorgante — a lei nada diz relativamente à possibilidade de continuar a agir no mundo jurídico, o que está em conformidade com a orientação internacional na área³⁷.

³⁴ Foi este último modelo que mereceu o aval dos conferencistas de *Wingspread* e que tem recebido acolhimento nas mais recentes reformas legislativas dos Estados americanos. Quais os benefícios de uma avaliação funcional? A avaliação funcional define a situação do requerido e permite ao tribunal uma avaliação objectiva da capacidade. O relatório de avaliação poderá conter informações que incluam o grau de incapacidade, um prognóstico e o tratamento recomendado, *vide* TOR, Phillip, “Finding Incompetency in Guardianship, Standardizing The Process”, *Arizona Law Review*, vol. 35, n. 3, 1993, p. 757. Ao contrário de um juízo clínico que exhibe um forte apego a categorias psiquiátricas, tantas vezes não consentâneas com categorias jurídicas ou dificilmente compreensíveis pelos profissionais do foro, a avaliação funcional fornece informação descritiva. Ora, o conhecimento dos comportamentos observados, do ambiente que serviu de pano de fundo à avaliação, das principais características do requerido, entre outros factores, poderá ser de uma importância primordial para efectivamente avaliar as “capacidades” e “incapacidades” em causa. *Idem*, p. 758. A perspectiva canadiana também vai neste sentido, *Cf.* VERMA, Sarita; SILBERFIELD, Michel, “Approaches to Capacity and Competency: the canadian view”, *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 20, n. 1, 1997, p. 41.

³⁵ GLASS, Katherine Cranley, “Refining definitions and Devising instruments: Two decades of assessing mental competence”, *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 20, n. 1, 1997, p. 8.

³⁶ Sobre a avaliação da capacidade para consentir, veja-se obra de SCOTT Y.H., Kim, “Evaluation of capacity to consent to treatment and Research”, New York, Oxford University Press, 2010 e em particular sobre a preferência pelo modelo funcional, v. p. 11.

³⁷ Na verdade, a recente *Recommendation CM/Rec(2009)11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity (Adopted by the Committee of Ministers on 9 December 2009 at the 1073rd meeting of the Ministers’ Deputies)*, consagra no seu princípio 9 a regra da preservação da capacidade, determinando que a produção de efeitos da procuração, ou melhor, do mandato permanente (*continuing power of attorney*) — v. princípio 2 — não deve afectar a capacidade jurídica do outorgante.

No entanto, de facto, teremos alguém a *agir em nome da pessoa com capacidade diminuída*. Assim, como cremos, podemos ter um procurador de cuidados de saúde que age em vez da pessoa incapacitada (interdita ou cuja inabilitação abrange este tipo de decisões), mas também podemos ter um procurador de cuidados de saúde a representar alguém que não é legalmente incapacitado.

Ora, a simples desconsideração de um processo formal de incapacitação não é de reprovar. Na verdade, a incapacitação legal, tendo em conta a rigidez dos esquemas actuais, não será, muitas vezes, o desfecho desejável. Aliás, este processo exige que os fundamentos de incapacitação revistam determinadas características — nomeadamente a habitualidade — que podem ser alheias às situações que reclamam uma resposta jurídica. Note-se que a ciência psiquiátrica baseia os seus modelos actuais no princípio da reabilitação³⁸. Para além disto, a “doença mental” é hoje vista como facto polideterminado e reversível e a reinserção na comunidade como objectivo do tratamento.

Mas falta-nos uma âncora legal para percebemos quem e como se determina esta diminuição de capacidade (ao contrário do que o Conselho da Europa expressamente recomenda³⁹) — que, não obstante, não resultar de um processo judicial de incapacitação, há que lembrar, é um conceito jurídico e não médico⁴⁰.

Parece-nos, aliás, que a *produção dos efeitos da procuração de cuidados de saúde* fica diferida para aquele *momento*⁴¹. O procurador só pode exercer os seus poderes representativos quando o outorgante “se encontrar incapaz

³⁸ BELLOMO, Antonello, SUMA, Domenico, “La tutela civile del disabile psichiatrico: attualità e prospettive”, *Aspetti dell'agire psichiatrico*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 59.

³⁹ Segundo o princípio 7 da Recomendação CM/Rec(2009)11, os Estados devem regular o modo como as procurações, ou melhor, os mandatos permanentes (*continuing powers of attorney*) entram em vigor, na eventualidade de capacidade do outorgante, nomeadamente como a incapacidade deve ser determinada e a prova requerida. Recommendation CM/Rec(2009)11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity (*Adopted by the Committee of Ministers on 9 December 2009 at the 1073rd meeting of the Ministers' Deputies*).

⁴⁰ “É tarefa do Tribunal seleccionar, tomar em conta e avaliar os aspectos médicos e não médicos da situação necessários para fazer uma determinação jurídica da capacidade”, ver STAVIS, Paul F. (nota 3), p. 5, nota 6 e p. 35. Esta foi também a orientação da decisão judicial *Rivers v. Katz*, 67 N.Y. 2d. sobre o papel do psiquiatra na “tradução dos conceitos legais” para proceder a uma avaliação, v. Kopelman, Loretta, “On the evaluative nature of competency and capacity judgements”, in *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 13, 1990, p. 311 e Spar, James E.; Hankin, J. D.; Stodden, Ann B., “Assessing Mental Capacity and Susceptibility to Undue Influence”, *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 13, n. 3, 1995, p. 395.

⁴¹ O carácter pessoalíssimo dos bens envolvidos obsta à representação enquanto o outorgante se encontre plenamente capaz de decidir. Note-se que a Doutrina tem defendido a intransmissibilidade dos poderes sobre a personalidade física ou moral, não admitindo, por isso, a representação voluntária, pelo que o direito teria de ser exercido sempre pelo seu titular ou por representante legal. CAPELO, Rabbindranath V. A., *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 403. Sobre estas exigências e a sua compatibilização com a procuração de cuidados de saúde, ver VÍTOR, Paula Távora (nota 5), pp. 124 e 125.

de expressar de forma pessoal e autónoma a sua vontade” (art. 11.º, n.º 1 e art.º 12.º, n.º 1). Aproxima-se, assim, da figura do anglo-saxão *springing durable power of attorney*, que só produz efeitos após a determinação da incapacidade, ao invés de o fazer na sequência da outorga e sobreviver à incapacitação do representado.⁴²

Aliás, tendo em conta o princípio da reabilitação, também seria útil prever o **caminho inverso** — determinar a reaquisição de capacidade, que obste à actuação do procurador de cuidados de saúde, por então o outorgante poder agir pessoal e autonomamente.

3.2. O procurador de cuidados de saúde

Tendo já desenhado a silhueta do representado, há que perceber quem é o seu representante, ou seja, *quem é o procurador de cuidados de saúde*.

Na aproximação que faz a esta figura, a lei remete, em primeiro lugar para requisitos de capacidade, que são os mesmos do representado (art.º 4.º, por remissão do art.º 11.º, n.º 2): ser maior de idade, não se encontrar interdito ou inabilitado por anomalia psíquica e encontrar-se capaz de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido.

Ora, se para o representado — tendo em conta uma ideia de favorecimento da capacidade num sentido lato e de promoção da autonomia — se justifica um entendimento menos rígido do que é *ser capaz*, já há mais dúvidas que estas razões se estendam para o procurador. Na verdade, uma coisa é preservar e valorizar a capacidade residual, outra é admitir que um interdito por uma causa que não seja a anomalia psíquica, ainda que sectorialmente capaz de prestar o seu consentimento, tenha o encargo de suprir a incapacidade de outrem. O caso da inabilitação não levantará tantos problemas — pode implicar, e normalmente só implicará — uma capacidade diminuída no plano patrimonial⁴³. Parece-nos, todavia, que a ausência de mecanismos de controlo pensados especificamente para a actuação do procurador de cuidados de saúde, pelo menos se está em causa a interdição, aconselha uma abordagem cautelosa.⁴⁴

⁴² Note-se que, embora a questão não seja isenta de controvérsia, prevalece a posição de que num *health care durable power of attorney*, o *agent* não pode actuar como representante de pessoa *capaz*. SCHMITT, M. N.; HATFIELD, S. A. “The Durable Power of Attorney: Applications and Limitations”, *Military Law Review*, 132, 1991, p. 222.

⁴³ É possível que tenha jogado nesta definição algum desconforto do legislador em lidar com a manutenção determinados fundamentos de incapacitação, que aliás já afastou em matérias com a capacidade de gozo para casar, em que só os interditos ou inabilitados por anomalia psíquica são contemplados (art. 1601.º, al b), do Código Civil).

⁴⁴ No seu Parecer n.º 59 sobre os Projectos de Lei relativos às Declarações Antecipadas de Vontade (Dezembro de 2010) (59/CNECV/2010), o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida considerava que podia ser procurador de cuidados de saúde qualquer pessoa “maior de idade e na posse das suas capacidades e direitos”, o que, pese embora o coloquialismo da expressão, dificilmente se pode sustentar quanto ao interdito, que continua a ser titular de direitos, em geral, mas perde a capacidade para o seu exercício.

Dir-se-á que para o regime geral da procuração, também não se exige que o procurador tenha a capacidade de querer e entender exigida pelo negócio que haja de efectuar (art. 263.º do Código Civil). No entanto, lembre-se que, no regime geral, a procuração não é um expediente de suprimento da incapacidade e que esta se encontra vocacionada para a gestão de outro tipo de interesses, mormente patrimoniais.

A lei foi, noutra plano, mais restritiva, ao afastar determinadas categorias de pessoas do cargo de procurador de cuidados de saúde (v. art. 11.º, n.º 3, als. a) e b))⁴⁵. Em primeiro lugar, prevenindo eventual suspeição, veda a nomeação aos funcionários do Registo Nacional de Testamento Vital, bem como do cartório notarial que intervenham nos actos em causa. Justifica-se a reserva, pelo fácil acesso. Em segundo lugar, os proprietários e os gestores de entidades que administram ou prestam cuidados de saúde também são excluídos, por um lado, pelo perigo de abuso que podem comportar as relações de sujeição que normalmente estão associadas a estas situações, mas também com um fim de prevenção de suspeição. Aliás, os instrumentos internacionais chamam a atenção para a existência de conflitos de interesses entre as pessoas internadas e as instituições que as acolhem⁴⁶, nas quais incluímos os seus funcionários, que não são todavia contemplados nesta disposição⁴⁷.

A lei abre uma excepção a este último caso (v. art. 11.º, n.º 4) “para as pessoas que tenham uma relação familiar com o outorgante”. Vislumbramos a ideia subjacente a esta excepção, mas não nos esqueçamos do sentido técnico de “relação familiar” — é uma expressão que abrange não só as relações matrimoniais e de filiação (e adopção), mas também afinidade e parentesco em graus mais afastados, com relevância jurídica, na linha colateral, até ao sexto grau (art. 1582.º do Código Civil), o que alarga bastante este leque.

Nas relações familiares mais próximas, aliás, poderíamos mesmo equacionar que, mais do que a ausência de entraves à assunção deste cargo, a lei (neste caso, o Código Civil) imporá, observadas as circunstâncias do caso, a obrigação de o assumir. Na verdade, tanto o dever de cooperação vincular os cônjuges a prestarem socorro e auxílio mútuos (art. 1674.º do Código Civil), como o dever de auxílio entre pais e filhos (art. 1874.º, n.º 1 do Código Civil) depõe neste sentido. É verdade que se poderia objectar que tal poderia levar a situações em que um procurador, que estivesse limitado por directivas mais

⁴⁵ Da Recomendação CM/Rec(2009)11 resulta também a preocupação de estabelecer restrições à nomeação de um *attorney*, quando os Estados o considerem necessário para protecção do outorgante (princípio 4, n.º 2). Recommendation CM/Rec(2009)11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity (*Adopted by the Committee of Ministers on 9 December 2009 at the 1073rd meeting of the Ministers' Deputies*).

⁴⁶ Conseil de l'Europe (nota 9), p. 27.

⁴⁷ LEENEN, H.J.J.; GEVERS, J.K.M.; PINET, G., *The Rights of Patients in Europe*, Devener, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1997, p. 109.

estritas da parte do representado, fosse vinculado a tomar decisões que se opõem aos seus princípios ético-morais — nomeadamente aquelas que justificam o estatuto de objector de consciência aos profissionais de saúde, nos termos do art. 9.º. No entanto, o problema não se chega a pôr. A não ser que esteja associada a um instrumento como o mandato ⁴⁸, a procuração, apesar de atribuir poderes de representação, não vincula o procurador a exercê-los ⁴⁹. A procuração é um *negócio jurídico unilateral*, para cuja perfeição basta a declaração de vontade do outorgante ⁵⁰. Ao contrário do mandato, esse sim, um negócio jurídico bilateral, não se cria uma obrigação de agir a favor do mandante ⁵¹.

O legislador português optou pelo instrumento correspondente ao *durable power of attorney* anglo-saxónico, ao qual, aliás, se aponta como uma das maiores falhas o facto de este mecanismo não criar para o representante a obrigação de agir ⁵². Assim, este pode em qualquer altura cessar a sua actuação, deixando a pessoa incapacitada numa situação de desprotecção ^{53, 54}. Mas, em segunda linha, não podemos deixar de referir a difícil/peculiar situação do procurador que foi investido nesta função sem a sua aceitação e, porventura, sem o seu conhecimento. É certo que se poderá invocar que, não obstante o *como* da sua actuação estar subordinado ao interesse do representado, o *se* e o *quando* se encontrar na sua disponibilidade. Ora, apesar de isto se passar, na pureza dos princípios, o procurador nomeado não deixa de poder ser confrontado com a *urgência da decisão*, ainda que não queira assumir tal encargo.

Por fim, lembramos que pode ser nomeado um segundo procurador para o caso de impedimento do indicado (art. 11.º, n.º 5), cuja substituição segue com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 264.º do Código Civil.

⁴⁸ Note-se que a Recommendation CM/Rec(2009)11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity (*Adopted by the Committee of Ministers on 9 December 2009 at the 1073rd meeting of the Ministers' Deputies*) define o seu “continuing power of attorney” como “mandate”.

⁴⁹ A este propósito já nos pronunciámos, na área patrimonial, a propósito da figura do mandato permanente. VITOR, Paula Távora (nota 13), p. 236-238.

⁵⁰ No contexto português, Carvalho Fernandes classifica-a como um negócio “não recipiêdo”, FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Universidade Católica Editora, p. 213, no entanto, H. E. Hörster nota que “[n]ormalmente, aquele acto de atribuição de poderes representativos consta de uma declaração receptícia”, Hörster, H. E. (nota 4), p. 484. Para alguma Doutrina estrangeira, a procuração é um negócio *receptício*, dado que o conhecimento, para uns por parte do representante, para outros autores, por parte de terceiros, é condição da sua eficácia, v. GOMES, Orlando “O Poder de Representação”, *Jurídica*, n.º 109, ano XV, Abril-Junho, 1970, p. 39.

⁵¹ BIANCA, C. Massimo, *Diritto Civile- Il Contratto*, vol. III, 2. Ed., Milano, Giuffrè Editore, 2000, p. 87.

⁵² Ver por todos, DESSIN, Carolyn, “Acting as an Agent Under a Financial Durable Power of Attorney: An Unscripted Role”, *Nebraska Law Review*, 1996, p. 586.

⁵³ BRISK, William J.; TALLIS, William G., *Legal Planning for the Elderly in Massachusetts*, Lexis Law Publishing, 1997, p. 2-6.

⁵⁴ Ora, na eventualidade de uma inacção, o mandatário pode ser responsabilizado pelo incumprimento de deveres contratuais. Cf. arts. 790.º ss. do Código Civil.

A lei podia ter ido mais longe, prevendo não só a substituição, mas actuações concertadas ou concorrentes ⁵⁵, que, todavia, não se encontram excluídas ⁵⁶.

3.3. Poderes do procurador de cuidados de saúde

O procurador de cuidados de saúde é titular dos *poderes representativos* para decidir *sobre os cuidados de saúde* a receber ou a não receber pelo outorgante.

Assim, em primeiro lugar, o procurador de cuidados de saúde é um “representante voluntário” e que, portanto, decide *em nome* do outorgante da procuração, e neste caso, *no interesse deste* ⁵⁷, tendo em conta, na medida do possível, os seus *desejos* reconhecíveis ⁵⁸.

As características da figura do procurador de cuidados de saúde que lhe são dadas pelo facto de se tratar de um representante voluntário, tornam-no num mecanismo que consegue superar algumas das mais acesas desvantagens que são apontadas a outros instrumentos que podem funcionar neste âmbito. O carácter *voluntário* desta representação, permite atender à vontade que a pessoa com capacidade diminuída exprimiu não só no sentido de o nomear, mas também de estabelecer quais são os seus melhores desejos e elegê-los como padrão de actuação, o que não acontece na representação *legal*. O facto de estarmos perante um instrumento de representação, em que o procurador decide em vez do representado, quando confrontado com a questão concreta a decidir (embora tomando como referência o seu quadro de valores e preferências expresso ou presumido), fá-lo superar as críticas de possível falta de actualidade com que sempre se tem debatido o testamento vital.

A matéria que estes poderes representativos abrangem encontra-se delimitada pelos “cuidados de saúde”. Ora, isto tanto pode ser entendido de forma mais restrita — limitando-se ao consentimento na área dos cuidados de saúde, como assumir um recorte mais amplo, abrangendo tudo aquilo que

⁵⁵ Ver princípio 4, n.º 1, Recommendation CM/Rec(2009)11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity (*Adopted by the Committee of Ministers on 9 December 2009 at the 1073rd meeting of the Ministers’ Deputies*).

⁵⁶ Considerando a remissão do artigo 12.º, n.º 2, para o n.º 2 do artigo 264.º do Código Civil, parece ser de considerar a regra de que “[a] substituição não envolve exclusão do procurador primitivo, salvo declaração em contrário.”

⁵⁷ O representante voluntário tem de agir em nome do representado, mas não tem de agir necessariamente no interesse deste, podendo os poderes representativo ser concedidos para servir o interesse próprio do procurador. V. PINTO, C. A. da Mota (nota 4), p. 540. Isto, todavia, não pode acontecer na procuração de cuidados de saúde, em que o interesse do representado tem de ser o único servido.

⁵⁸ Veja-se o princípio 10 da Recommendation CM/Rec(2009)11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity (*Adopted by the Committee of Ministers on 9 December 2009 at the 1073rd meeting of the Ministers’ Deputies*), que alude tanto ao interesses quanto aos desejos e sentimentos do outorgante como norteadores da actuação do *attorney*.

esteja implicado, ainda que de forma mais distante, nestes cuidados. Pensamos que a lei permite que o outorgante estenda os poderes do procurador de cuidados de saúde, neste sentido. Assim, pode compreender decisões relacionadas com a contratação de profissionais de saúde ou a autorização de ingresso em estabelecimentos de saúde, permitir acesso ou revelação de dados médicos, que, num sentido restrito, não se poderiam classificar como decisões sobre os cuidados de saúde.

Da definição do procurador de cuidados de saúde (art. 11.º, n.º 1) também resulta que este tanto pode assentir e decidir sobre cuidados de saúde a receber, como recusá-los. Para concretizar o âmbito de actuação dos procurador no uso dos seus poderes representativos, justifica-se atentar tanto no artigo 2.º, n.º 2, como nas limitações estabelecidas no art.º 5.º.

No artigo 2.º, n.º 2, o legislador entendeu apresentar uma lista de “disposições que expressem a vontade clara e inequívoca do outorgante”. A definição do conteúdo destas disposições, nas alíneas a) a e) é bem justificada pelo carácter estático (e pretérito) do testamento vital, o que motivou que o legislador entendesse conceder alguma orientação para a sua precipitação nas disposições deste instrumento⁵⁹. No entanto, no que diz respeito à procuração de cuidados de saúde, o processo decisório central é assumido pelo procurador, situado temporalmente no presente e, portanto, realizado no confronto com as realidades a que tem de dar resposta, o que aponta, em princípio, para uma maior rarefacção da vontade expressa pelo outorgante. É certo que o representado pode entender ser mais específico e, para além de nomear o procurador e determinar áreas de actuação, indicar quais as decisões que pretende que este tome. Nesse caso, no entanto, se não restar espaço decisório para o procurador, podemos perguntar-nos se ele não se afastará de um verdadeiro representante, para se aproximar da figura do nuncio.

De todo o modo, os limites estabelecidos pelo artigo 5.º não podem deixar de se aplicar à procuração de cuidados de saúde. Aliás, mesmo na ausência de uma disposição legal neste sentido, nunca poderia deixar de se ter em conta o facto de ser contrária à lei, à ordem pública ou determinar uma actuação contrária às boas práticas, a circunstância de o seu cumprimento poder provocar deliberadamente a morte não natural e evitável, tal como prevista nos artigos 134.º e 135.º do Código Penal e extrair consequências de o outorgante não ter expressado, clara e inequivocamente, a sua vontade. Há que atentar, aqui, que a sanção prevista — a inexistência — não é a que resultaria das regras gerais. Assim, e porque estamos perante um instrumento que serve propósitos análogos aos do testamento vital, justificando-se proteger os mesmos interesses, se pode sustentar que também a procuração de cuidados de saúde padece de inexistência em idênticas circunstâncias.

⁵⁹ Não obstante a possibilidade de modificação e revogação — ver art. 8.º.

Por fim, há que equacionar se o procurador de cuidados de saúde, enquanto representante de uma pessoa com capacidade diminuída, está sujeito aos mesmos limites que um representante legal de alguém judicialmente incapacitado no âmbito das decisões de saúde. Na verdade, há específicas decisões em matéria médica em que o legislador entendeu limitar o poder decisório do tutor. Vejam-se, por exemplo, as exigências da Lei n.º 46/2004, de 19 de Agosto, quanto ao consentimento para a realização de ensaios clínicos com medicamentos de uso humano. Neste caso, é o representante legal quem tem de prestar o consentimento livre e esclarecido, mas não pode contornar uma série de outros requisitos, nomeadamente que exista “a legítima expectativa de que a administração do medicamento experimental comporte para o participante benefícios que superem quaisquer riscos ou não impliquem risco algum.” (art. 8.º, n.º 2, al. a) e al. h) da Lei n.º 46/2004, de 19 de Agosto).⁶⁰ Ou atente-se na Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, relativa à colheita e transplante de órgãos, tecidos e células de origem humana, que proíbe sempre a dádiva e a colheita de órgãos ou de tecidos não regeneráveis quando estejam em causa incapazes (artigo 6.º, n.º 4).

Pensamos que em casos como este valem as mesmas razões de protecção do incapaz, tanto no caso de estarmos perante um representante legal, como perante um representante voluntário de um doente com capacidade diminuída, que esteja munido deste poderes apenas ao abrigo de uma referência genérica. Com uma importantíssima ressalva — se o afastamento daquelas exigências estiver previsto pelo outorgante da procuração de cuidados de saúde. Nesse caso, prevalece a expressão da sua autonomia, que entendeu conceder esse poder mais amplo ao procurador. Assim, parece ser de admitir, por exemplo, que o representado, ciente da existência de uma doença familiar, preveja a possibilidade de doar futuramente um órgão a membro da sua família e que queira garantir isto na eventualidade da sua incapacidade. Ou que queira conceder poderes ao procurador para decidir da sua participação em ensaio clínico ainda que os riscos superem os eventuais benefícios para a sua pessoa⁶¹.

Note-se que a definição do conteúdo da procuração de cuidados de saúde, pelo seu carácter clínico, deveria envolver o aconselhamento por parte de um médico⁶². O artigo 3.º, n.º 2, refere-se ao caso de haver recursos à

⁶⁰ Imediatamente antes de este artigo ser dado à estampa foi publicada a Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril, que aprova a Lei de Investigação Científica e revoga a Lei n.º 46/2004, de 19 de Agosto. Aquela procedeu a alterações ao regime do consentimento informado para a realização de estudos clínicos dos maiores incapazes de o prestar, mas que já não tiveram oportunidade de ser consideradas no texto.

⁶¹ No que diz respeito à gratuidade da actuação do procurador de cuidados de saúde, estabelecida no art.º 12.º, n.º 1, verificamos que o legislador tomou uma opção diferente a que está estabelecida para a representação legal, que estabelece a possibilidade de remuneração do tutor (cf. art. 1942.º do Código Civil, aplicável a tutela de maiores).

⁶² Debruçando-se sobre o “testamento de paciente”, em 2010, André Dias Pereira propõe o estabelecimento de um “sistema procedimental de emanação da declaração antecipada de vontade”, que, segundo o Autor, envolveria necessariamente um médico que prestaria o seu

colaboração de um médico para elaboração das directivas antecipadas de vontade ⁶³. Mas limita-se a referir uma possibilidade e não a exigir a sua intervenção, que se imporia tanto no caso do testamento vital, como no da procuração de cuidados de saúde, para garantir o verdadeiro esclarecimento do outorgante relativamente às opções que efectue ⁶⁴.

3.4. Carácter vinculativo dos poderes

Certo é que o regime jurídico do procurador de cuidados de saúde fixa que as decisões tomadas por este “dentro dos limites dos poderes representativos que lhe competem, devem ser respeitadas pelos profissionais que prestam cuidados de saúde ao outorgante” (art. 13.º, n.º 1) ⁶⁵. Aliás, está previsto que o “médico responsável” (e não outros membros da equipa) se assegure da existência de procuração de cuidados de saúde consultando o RENTEV, devendo a procuração ser anexada ao processo clínico (art. 17.º).

Em caso de urgência ou perigo imediato para a vida do paciente, todavia, jogam as mesmas razões para a equipa médica equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde não ter de considerar a procuração de cuidados de saúde, à semelhança do testamento vital, no caso de o acesso a esta e a obtenção de uma decisão por parte do procurador “implicar uma demora que agrave, previsivelmente, os riscos para a vida ou a saúde do outorgante” (art. 7.º, n.º 4). Aliás, tendo em conta que se trata dos bens vida e integridade física, não seria sequer necessária expressa previsão legislativa.

Em casos-limite ⁶⁶, todavia, como poderão os profissionais de saúde opor-se às decisões de um procurador de cuidados de saúde com poderes de representação regularmente concedidos?

Não foi criada no sistema português uma instância de controlo ⁶⁷ que permita supervisionar a actuação do procurador de cuidados de saúde, ao arrepio das recomendações do Conselho da Europa neste sentido ⁶⁸. Todavia,

conselho e garantiria o “esclarecimento e liberdade do paciente”. Pereira, André Dias (nota 24), p. 829.

⁶³ Fâ-lo para fazer indicações de natureza formal, como a possibilidade de a identificação e a assinatura do médico constarem do documento, se for essa a opção do outorgante e do médico.

⁶⁴ Note-se que no Parecer n.º 59 sobre os Projectos de Lei relativos às Declarações Antecipadas de Vontade (Dezembro de 2010) (59/CNECV/2010), p. 3, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida quis deixar claro que “qualquer pessoa capaz pode optar por não querer ser informada, sem que tal afecte a validade da sua decisão”.

⁶⁵ No caso de desrespeito pelo mandamento desta disposição legal, os prestadores de cuidados de saúde poderão incorrer em responsabilidade civil, preenchidos os requisitos legais, e eventualmente, criminal (cf. art. 156.º do Código Penal).

⁶⁶ Os casos que a lei define que as “directivas antecipadas” não devem ser respeitadas encontram-se no artigo 6.º, n.º 2, que se pode equacionar aplicar-se *mutatis mutandis* à procuração de cuidados de saúde que, como vimos, pode apresentar um conteúdo mais ou menos densificado e, portanto, justificar a avaliação da existência de alguma daquelas circunstâncias.

⁶⁷ Cf. o nosso, VÍTOR, Paula Távora (nota 55), p. 133.

⁶⁸ Veja-se o princípio 12, que recomenda aos Estados a introdução de um sistema de supervisão ao abrigo do qual são concedidos poderes de investigação a uma autoridade competente.

há que encontrar um expediente que permita, quando se justifique, controlar se o procurador norteia a sua acção pelos *melhores interesses* do outorgante (quando não segue os *melhores desejos* expressos no documento). Parece-nos que aqui a via adequada será recorrer ao controlo judicial, requerendo as “providências concretamente adequadas a evitar a consumação de qualquer ameaça ilícita e directa à personalidade física ou moral ou a atenuar, ou a fazer cessar, os efeitos de ofensa já cometida”, no âmbito de um processo especial de tutela da personalidade, nos termos dos artigos 878.º e seguintes do Código de Processo Civil.

3.5. A procuração de cuidados de saúde e o testamento vital

A lei só estabelece de forma directa e explícita limites ao poder decisório do procurador de cuidados de saúde para proteger a vontade do outorgante expressa em *directiva antecipada*, “designadamente sob a forma de testamento vital”.

Na verdade, estes mecanismos podem coexistir, subsistindo separadamente, ou confluindo num instrumento de carácter misto, que combine uma faceta de testamento vital com a nomeação de um representante para a área dos cuidados de saúde. Daí que possa surgir conflito entre a vontade expressa na primeira pessoa que conste do testamento vital e as decisões de um “terceiro” (em sentido impróprio), o representante. Não espanta, portanto, a opção de fazer prevalecer o “discurso directo” do outorgante, até porque a actualidade da sua vontade é controlada a vários níveis (v. art.º 6.º, n.º 2, e 7.º). Aliás, a preservação e o respeito adequado à vontade reconhecível como actual do representado levam a lei a criar expedientes de informação do procurador de cuidados de saúde relativamente ao “estado” das directivas antecipadas (v. art. 6.º, n.º 3, art. 7.º, n.º 4, e art. 8.º, n.º 4).

3.6. A procuração de cuidados de saúde e a representação legal

A relação do procurador de cuidados de saúde com outro representante do outorgante foi, no entanto, ignorada. O novo regime não faz referência à concertação das actuações do procurador de cuidados de saúde e de um *representante legal*.

Poder-se-ia dizer que uma das vantagens do procurador de cuidados de saúde é poder evitar a imposição da medida da tutela. E, na verdade, podemos assistir à actuação do procurador quando é necessário decidir em vez do *incapaz de facto*.

Cf. Recommendation CM/Rec(2009)11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity (Adopted by the Committee of Ministers on 9 December 2009 at the 1073rd meeting of the Ministers' Deputies).

Mas resulta também da lei que pode ser um interdito ou inabilitado por outra causa que não a anomalia psíquica a outorgar a procuração. Daqui se retira que é possível a coexistência deste instrumento com as medidas de protecção clássicas do nosso ordenamento jurídico. Na verdade, se assim não fosse, a possibilidade concedida àquelas categorias de incapazes de recorrerem ao instrumento da procuração de cuidados de saúde perderia todo o seu sentido útil, pelo menos no caso de interdição, que determina incapacidade geral do interdito e o poder do tutor no âmbito pessoal e patrimonial.

A admissibilidade da coexistência destas figuras vale, assim, tanto para os casos de incapacitação anterior, em que um interdito ou inabilitado por outra causa que não a anomalia psíquica a outorga a procuração, como para os casos de outorgante plenamente capaz que vem a ser supervenientemente incapacitado ⁶⁹.

O funcionamento em simultâneo deste representante voluntário e do representante legal reclama que se estabeleça qual a decisão que prevalece, em caso de conflito. A Lei n.º 25/2012 não se pronuncia, mas a solução só poderá ser a da prevalência do procurador de cuidados de saúde. O tutor é detentor de poderes gerais relativos também à pessoa do interdito, mas, com o regime da procuração de cuidados de saúde, a lei cria uma excepção a esta competência geral do representante legal, atribuindo competência especial ao procurador na área da saúde. Só desta forma se garante que o respeito pela vontade da pessoa incapacitada seja salvaguardada, pois, caso contrário, a procuração de cuidados de saúde só seria relevante no contexto de uma incapacidade de facto. Deste modo, respeita-se o princípio da subsidiariedade, dando prioridade a um mecanismo de protecção sobre uma medida de protecção ⁷⁰.

Podemos, no entanto, configurar uma situação em que, existindo procuração de cuidados de saúde e representante legal judicialmente nomeado, o problema do conflito não se venha a pôr, nem em termos abstractos. Parece-nos ser admissível que o outorgante designe o seu procurador de cuidados genericamente como aquele que venha a ser nomeado o seu tutor. Por esta via negocial, poderia introduzir alguma flexibilidade no instituto da tutela, nomeadamente expressando os seus *melhores desejos* que o tutor poderia honrar, não obstante o critério tradicionalmente imposto do exercício dos seus poderes: “com a diligência de um bom pai de família” (art. 1935.º do Código Civil).

⁶⁹ E nem se pode invocar que a existência de uma procuração de cuidados de saúde anterior à instauração da tutela ou da curatela deveria ser tomada em conta na fixação da medida de protecção. Ora, se isto pode ser verdade para a inabilitação (e da curatela), está vedado no campo da interdição (e da tutela), tendo em conta o carácter monolítico desta medida (art.º 139.º do Código Civil).

⁷⁰ Ver princípio 1 da Recommendation CM/Rec(2009)11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity (Adopted by the Committee of Ministers on 9 December 2009 at the 1073rd meeting of the Ministers' Deputies).

3.7. Forma

A forma que deve assumir a procuração de cuidados de saúde não resulta clara das disposições da Lei n.º 25/2012⁷¹. No artigo 12.º, n.º 2 é feita uma remissão para o artigo 262.º, n.º 2 do Código Civil que, ao invés de elucidar, só causa maiores perplexidades. Este preceito ocupa-se da forma da procuração e determina que “[s]alvo disposição legal em contrário, a procuração revestirá a forma exigida para o negócio que o procurador deva realizar”.

Ora, admitindo que o acto que ocupará a mais importante fatia das incumbências do procurador de cuidados de saúde é a prestação do consentimento informado e que para este, por regra, não é exigida forma especial pela lei prevaleceria o princípio geral da liberdade de forma (art. 219.º do Código Civil).

Sabemos, no entanto, que está generalizada a prática hospitalar de o reduzir a escrito o consentimento e que a própria lei veio paulatinamente consagrando uma longa lista de casos em que existe o consentimento escrito⁷².

Considerando estes elementos, poderíamos concluir que a procuração de cuidados de saúde viria, então, assumir a forma escrita na maioria dos casos. Esta é, no entanto, uma constatação de natureza circunstancial e não significa que tal aconteça necessariamente. É certo que a lei parece pressupor uma determinada precipitação formal do documento quando se refere aos funcionários de “cartório notarial que intervenham nos actos aqui em causa” ou aos “funcionários do Registo Nacional de Testamento Vital”, para excluir do acesso ao cargo de procurador de cuidados de saúde.

Na hipótese de se recorrer a um instrumento híbrido, que combine o testamento vital e a procuração de cuidados de saúde, esta assumirá a forma exigida para o primeiro (“documento escrito, assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registo Nacional do Testamento Vital ou notário”)⁷³.

⁷¹ No seu princípio 5, o Conselho da Europa recomenda a forma escrita — Recommendation CM/Rec(2009)11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity (*Adopted by the Committee of Ministers on 9 December 2009 at the 1073rd meeting of the Ministers’ Deputies*).

⁷² A lista de excepções é longa, mas veja-se a título de exemplo os regimes de testes genéticos (Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro), da electro convulsivo terapia e intervenção psicocirúrgica (Lei n.º 36/98, de 24 de Julho), da colheita e transplantes de órgãos e tecidos de origem humana (Lei n.º 12/93, de 22 de Abril; Lei n.º 22/2007, de 29 de Junho), da dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento, distribuição e aplicação de tecidos e células de origem humana (Lei n.º 12/2009, de 26 de Março) e da procriação medicamentosa assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho).

⁷³ Deste devem constar: a) A identificação completa do outorgante; b) O lugar, a data e a hora da sua assinatura; c) As situações clínicas em que as diretivas antecipadas de vontade produzem efeitos; d) As opções e instruções relativas a cuidados de saúde que o outorgante deseja ou não receber, no caso de se encontrar em alguma das situações referidas na alínea anterior; e) As declarações de renovação, alteração ou revogação das diretivas antecipadas de vontade, caso existam” (artigo 3.º, n.º 1).

Relativamente ao registo, resulta da lei que não é um passo imperativo. Se fosse, garantir-se-ia a redução a escrito por esta via, já que este exige a apresentação ou envio de um documento, com assinatura reconhecida (art. 16.º, n.º 2). Todavia, a lei sublinha que tem “valor meramente declarativo”, pelo que a procuração de cuidados de saúde que não conste dele, continua a ser plenamente eficaz desde que formalizada de acordo com a presente lei, designadamente no que diz respeito à *expressão clara e inequívoca da vontade* (art. 16.º, n.º 1).

Voltamos, então, à questão inicial — que tipo de formalização é exigida “pela presente lei”?

Desde logo, é sublinhada a *expressão clara e inequívoca da vontade* (que, note-se, só nos parece que possa ser *expressa*). Ora, embora não haja uma relação necessária entre a forma escrita e esta inequívocidade, temos de reconhecer que é um meio mais seguro do que a expressão oral, com todas as dificuldades de prova que lhe estão associadas.

Parece-nos, aliás, que as razões que estão na base da exigência de um documento escrito, assinado presencialmente perante funcionário do RENTEV ou notário no testamento vital são as mesmas, justificando-se, então, que se aplique, por analogia, à procuração de cuidados de saúde. Na verdade, não se pede menor ponderação e certeza do que naquela directiva antecipada.

A exigência de um momento deste género em que se plasma, por escrito, a procuração de cuidados de saúde é, aliás, essencial para a determinação da capacidade do outorgante, que tem de ser capaz, no momento em que manifesta a sua vontade. Ora, tal tem de ser feito perante instâncias adequadas para controlar tal capacidade e, à cabeça, temos o notário ⁷⁴.

3.8. Extinção

Por último, a procuração de cuidados de saúde conhece o seu fim por duas vias.

Diz-nos o artigo 14.º, n.º 1, que, em primeiro lugar, é *livremente revogável* pelo seu outorgante⁷⁵. Esta livre revogabilidade compreende-se facilmente relativamente a um outorgante que seja plenamente capaz e ainda relativamente àquele que mantém a mesma capacidade que lhe permitiu criar o instrumento. Mas, o que acontece, no caso de uma incapacidade superveniente⁷⁶ ou de um agravamento da incapacidade? Não nos parece que, face ao quadro de competências que foi traçado e às posições relativas das pessoas

⁷⁴ Quanto aos funcionários do RENTEV, mas o seu estatuto depende da regulamentação anunciada pelo artigo 19.º.

⁷⁵ Cf. artigo 265.º, n.º 2, do Código Civil. Neste sentido, também o princípio 6 da *Recommendation CM/Rec(2009)11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity (Adopted by the Committee of Ministers on 9 December 2009 at the 1073rd meeting of the Ministers' Deputies)*.

⁷⁶ Também a lei catalã não fez qualquer reserva. V. artigo 7 do Decret 175/2002, de 25 de Juny.

em causa, um eventual representante legal possa ter uma actuação relevante neste contexto, substituindo-se ao incapacitado e revogando ele mesmo a procuração. Em casos-limite, não nos parece que o problema se resolva pela via da revogação e resta-nos remeter para o que dissemos supra acerca dos casos em que a procuração de cuidados de saúde (de forma claramente excepcional, note-se) não deve ser respeitada pelos profissionais que prestam cuidados de saúde.

A outra via para a extinção da procuração de cuidados de saúde é a renúncia do procurador, que deve informar — e agora a lei di-lo inequivocamente — por escrito, o outorgante (art. 14.º, n.º 2). Antes, porém, de se operar esta consequência jurídica, pensamos ser necessário averiguar da existência de um “segundo procurador de cuidados de saúde”, que é admitido por lei (art. 11.º, n.º 5), no caso de “impedimento” do indicado. Parece-nos que a referência a “impedimento” deve ser interpretado extensivamente no sentido de abranger também a “renúncia”.

Por fim, queremos notar que poderia, e deveria, também ter sido feita a articulação da extinção da procuração de cuidados de saúde com outras medidas de protecção, para que esta circunstância não lance para o vazio jurídico principalmente a situação do incapaz de facto ⁷⁷.

⁷⁷ Veja-se o princípio 13, n.º 2, da *Recommendation CM/Rec(2009)11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity (Adopted by the Committee of Ministers on 9 December 2009 at the 1073rd meeting of the Ministers' Deputies)*, segundo o qual, em caso de cessação, a autoridade competente deve ter em consideração quais as medidas de protecção que devem ser adoptadas.