

A convenção de nova iorque, o regime jurídico do maior acompanhado e o consentimento para atos em saúde em Portugal

  André Gonçalo Dias Pereira¹

Data de submissão do artigo: Maio de 2021

Data de aceite do artigo: Outubro de 2021

Introdução

A Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, introduziu o regime do maior acompanhado, revogando os institutos clássicos da interdição e da inabilitação. Subjacente a esta reforma encontra-se o enaltecimento da dignidade da pessoa e da atribuição de primazia à autonomia dos maiores acompanhados, nomeadamente através do exercício pessoal, da forma mais ampla possível, dos seus direitos e da observância dos seus deveres.

Na base desta reforma, que modificou de forma substancial a Parte Geral do Código Civil, esteve a necessidade de adaptar este Código ao direito internacional, designadamente à Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

¹ Doutoramento em Direito pela Universidade de Coimbra (2014). Atualmente, Professor Auxiliar da FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. Ciencia ID: 951E-7E45-3E7F Orcid: 0000-0001-9871-5298 Formação Académica Em 1998, Licenciatura em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), com a média final de 17 valores, recebendo o "Prémio Prof. Manuel de Andrade", atribuído pela Fundação Rangel de Sampaio ao melhor aluno da licenciatura em Direito do curso de 1992/1997 da FDUC. Em 1999, concluiu o 4.º Curso de Pós-graduação em Direito da Medicina, organizado pelo Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra, obtendo assim o grau de Pós-graduado em Direito da Medicina, (classificação de Muito Bom). Em 2002, alcançou o grau de Pós-graduado em Ciências Jurídico-civilísticas (classificação de ?Muito Bom?). No dia 20 de junho de 2003 alcançou o grau de Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas, com a defesa da sua Dissertação de Mestrado, intitulada Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil. Obteve a classificação de Muito Bom (18 valores) e recebeu o Prémio Escolar Doutor Manuel de Andrade (II) ? atribuído à melhor Dissertação em Ciências Jurídico-Civilísticas do ano de 2003 na FDUC, instituído pela Fundação Engenheiro António de Almeida. No dia 1 de agosto de 2012 entregou a sua Dissertação de Doutoramento, intitulada Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica. No dia 10 de janeiro de 2014, na Universidade de Coimbra, defendeu-a, tendo sido aprovado com louvor e distinção, por unanimidade.

(Nova Iorque, 2007),² e, de algum modo também, à Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina do Conselho da Europa (Oviedo, 1997).³

O regime jurídico do maior acompanhado “representa um avanço na concretização dos pressupostos da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, nomeadamente os que se referem às esferas da autonomia e liberdade, e à promoção do respeito pela sua dignidade”⁴ e visa ultrapassar a inflexibilidade, estigmatização e rigidez associados ao regime que vigorou desde a versão originária do nosso Código Civil.

A regulação presente no Código Civil requer uma análise sobre o âmbito e conteúdo do acompanhamento, as novas categorias dogmáticas (o acompanhado, o acompanhante (s)), mas também da capacidade do acompanhado relativamente ao exercício de direitos de personalidade, nomeadamente na área da saúde.

Algumas intervenções na área da saúde mereceram regulação especial, outras não. Quanto a estas, uma vez que não há previsão expressa e suficientemente densificada e ajustada referente às decisões em saúde, colocam-se maiores dificuldades ao intérprete e na vida prática do instituto,⁵ até porque, em regra, não será realizada por juristas, mas por profissionais de saúde e técnicos de serviço social. Com efeito, esta temática assume extrema importância numa sociedade envelhecida e perante pessoas com doença e ou deficiência.

De acordo com a referida Convenção de Nova Iorque, pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas

2 Adotada na Assembleia Geral das Nações Unidas em Nova Iorque, no dia 13 de Dezembro de 2006. Foram publicadas em Diário da República as Resoluções da Assembleia da República n.º56/2009 e n.º57/2009, que aprovam a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada em Nova Iorque em 30 de Março de 2007, e respectivo Protocolo Opcional. Foram ainda publicados os Decretos do Presidente da República n.º71/2009 e n.º72/2009, que ratificam a referida Convenção e Protocolo Opcional.

3 Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 03/01 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, de 03/01, publicada em Diário da República I-A, n.º2, de 03/01/2001.

4 Parecer 100/CNECV/2018 (p. 11)

5 Neste sentido, vd. o Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida- 100/CNECV/2017 (p.13) e, reiterando o mesmo entendimento no Parecer 102/CNECV/2018 (alínea h), p.4)

barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.⁶

São vários os preceitos a salutar no âmbito da Convenção de Nova Iorque e que apontam “para legislação que preserve a independência e autonomia da pessoa portadora de deficiência, incluindo a liberdade de fazer as suas próprias escolhas”⁷. Deste logo, o art. 25.º merece a nossa atenção, uma vez que apela à importância do direito à saúde. Aí se dispõe: “Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm direito ao gozo do melhor estado de saúde possível sem discriminação com base na deficiência. Os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas para garantir o acesso às pessoas com deficiência aos serviços de saúde que tenham em conta as especificidades do género, incluindo a reabilitação relacionada com a saúde. Os Estados Partes devem, nomeadamente: a) Providenciar às pessoas com deficiência a mesma gama, qualidade e padrão de serviços e programas de saúde gratuitos ou a preços acessíveis iguais aos prestados às demais, incluindo na área da saúde sexual e reprodutiva e programas de saúde pública dirigidos à população em geral;(...)”

Ademais no mesmo preceito, reforça-se a ideia do consentimento livre e informado. Prescreve a alínea d): “Exigir aos profissionais de saúde a prestação de cuidados às pessoas com deficiência com a mesma qualidade dos dispensados às demais, com base no consentimento livre e informado, inter alia, da sensibilização para os direitos humanos, dignidade, autonomia e necessidades das pessoas com deficiência através da formação e promulgação de normas deontológicas para o sector público e privado da saúde.”

Por fim, destaca-se na alínea e) a consagração da proibição da discriminação contra pessoas com deficiência na obtenção de seguros de saúde e seguros de vida e na alínea f) a referência à prevenção da recusa discriminatória de cuidados ou serviços de saúde ou alimentação e líquidos, com base na deficiência.

⁶ Já em 9 de dezembro de 1975, a Assembleia geral das Organizações das Nações Unidas – ONU (1975), aprova a Resolução nº 30/84, intitulada de Declaração dos direitos das pessoas deficientes, expressava o termo “pessoas deficientes” referindo-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.

⁷ Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida 100/CNECV/2017, p.3.

Merecem ainda atenção, neste contexto, os preceitos da Constituição da República Portuguesa: 71.º/1 e 72.º/1 da CRP, em que, no primeiro, faz-se impender sobre o estado a realização de “uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles e a assumir o encargo da efetiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais e dos tutores”, e no segundo enfatiza-se que “as pessoas idosas “têm o direito à segurança económica e a condições de habitação e convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social”.

1. Limitações voluntárias aos direitos de personalidade do maior acompanhado, em especial na área da saúde

É sabido que os direitos de personalidade surgem como direitos “absolutos”, “inalienáveis”, e “irrenunciáveis”, uma vez que integram o conteúdo mínimo da personalidade⁸.

O consentimento do lesado (art. 340.º do C.C.) tem importância neste campo, uma vez que concretiza a possibilidade de limitação voluntária ao exercício de direitos de personalidade (art. 81.º do C.C.), sem prejuízo daquele não implicar a extinção do direito e de se exigir um destinatário que beneficie dos seus efeitos⁹. Ademais, essa mesma limitação está balizada pelo respeito dos princípios da ordem pública (arts. 81.º C.C e 280.º C.C.), sob pena de ser declarada nula, no âmbito dos negócios jurídicos, ou ainda de não ser relevante como circunstância que exclui a ilicitude do ato lesivo e conseqüente a responsabilidade civil do lesante.

8 Cf. Pinto, Carlos da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.ª edição por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 209 e 215

9 Cf. Pinto, Carlos da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. cit., p. 215. Note-se que, quando é legal, a limitação voluntária é sempre revogável, sem prejuízo da obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte. (n.º do art.81.º)

Ora, a possibilidade de limitação voluntária de direitos de personalidade pressupõe a capacidade de exercício de direitos - “a idoneidade para actuar juridicamente, exercendo direitos ou assumindo obrigações, por *acto próprio e exclusivo ou mediante representante voluntário ou procurador, isto é, um representante escolhido pelo próprio representado*”¹⁰ - sendo que, em princípio, todas as pessoas têm capacidade de exercício de direitos. Podemos concluir pela excepcionalidade das incapacidades, pelo que onde a lei não as consagre de modo expresse, estar-se-á no âmbito da capacidade de exercício.

As incapacidades dos maiores no C.C. de 1966 eram pautadas por um “regime binário”, que assenta na distinção entre interdição e inabilitação. Com efeito, a sua “finalidade é a declaração da incapacidade e o respetivo suprimento por via da representação jurídica e da assistência, no âmbito do exercício de direitos de natureza patrimonial”¹¹. Tradicionalmente, o Código estabelecia a interdição e a inabilitação como institutos aos quais subjazia a incapacidade de exercício do maior, o que significa que este necessitava de ser representado (no caso da interdição - arts. 124.º e 125.º/2), ou assistido e/ou representado por um curador (no caso da inabilitação, v.g. art. 153.º) aquando da sua atuação, sob pena de os seus atos serem suscetíveis de ser declarados nulos ou anuláveis (arts. 148.º, 149.º, 150.º, 156.º).¹²

Todavia, em regra, o inabilitado mantinha plena autonomia e capacidade de exercício quanto aos atos pessoais, entre os quais se incluem a disposição de direitos de personalidade, também no âmbito da saúde.¹³ Ora, se o regime da inabilitação poderia ter a plasticidade necessária para que o tribunal enquadrasse no caso concreto os atos “especificados na sentença” que deveriam estar

¹⁰ Idem, p. 221

¹¹ Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida- 100/CNECV/2017 (p.2)

¹² No âmbito da interdição, cujo incapaz é equiparado ao menor (art. 139.º) - a forma de suprir a incapacidade é por meio do instituto da representação legal, através de um tutor, mesmo nas áreas da saúde, em regra. Por sua vez, no âmbito da inabilitação, à qual subjaz uma incapacidade menos grave, o mecanismo mobilizado para suprir a incapacidade é a assistência, por meio de um curador, sendo que estavam sujeitos a autorização do curador os atos de disposição entre vivos (em regra, apenas tem estes poderes), bem como os especificados na sentença (art. 153.º), sem prejuízo de poder determinar-se que a administração do património do inabilitado seja entregue pelo tribunal ao curador (funcionando neste último caso como forma de suprimento da incapacidade o instituto da representação). Cf. Pinto, Carlos da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. cit., p. 243

¹³ Cf. PEREIRA, André G. Dias. *A Capacidade para Consentir*. In: MONTEIRO, António Pinto (Org.), *A Parte Geral do Código Civil e a Teoria Geral do Direito Civil*, (Vol. II) Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 199-249.

sujeitos a um regime de assistência (ou mesmo de representação legal), a verdade é que esse regime não teve a utilização devida, com as referidas adaptações ao caso concreto.

Na verdade, as estatísticas indicam que – por exemplo em 2016 – houve 3136 interdições para 259 inabilitações. Ou seja, este regime que se poderia dizer mais conforme ao Direito Internacional apenas foi utilizado em menos de 8% dos casos. E essa foi uma constante da última década – em que os operadores da justiça já teriam a obrigação de conhecer a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência! Trata-se de um instrumento internacional ao qual Portugal se encontra vinculado, sendo que os mesmos, de acordo com o n.º2 do art. 8.º da CRP, constituem direito internacional convencional, o qual tem valor supralegal, pelo que os preceitos do Código Civil têm de ser interpretados em sintonia com o direito internacional.

O regime tradicional foi alvo de várias críticas: “Desde logo a rigidez da dicotomia interdição/inabilitação que obsta à maximização dos espaços de capacidade de que a pessoa ainda é portadora; o carácter estigmatizante da denominação dos instrumentos de proteção; o papel da família que ora dá, ao necessitado, todo o apoio no seu seio, ora o desconhece; o tipo de publicidade previsto na lei, com anúncios prévios nos tribunais e nos jornais, perturbador do recato e da reserva pessoal e familiar que sempre deveria acompanhar situações deste tipo”¹⁴.

O novo regime jurídico, de que em seguida cuidaremos, pretende dar resposta às críticas apresentadas. Parte-se agora do respeito pela dignidade (arts. 1.º e 13.º/1 da CRP), da primazia da autonomia e da plena capacidade dos maiores (art.147.º). Assim, ainda que a lei não trate em específico das matérias do foro médico, podemos concluir estas se enquadram no novo art.147.º, uma vez que a lista não é taxativa. Logo, se partimos da ideia da plena capacidade de exercício de direitos e se mesma não sofreu restri-

¹⁴ Proposta de lei n.º110/XIII, que estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos institutos da interdição e da inabilitação, p.3.

ções (“círculos de incapacidade”), concluímos que *o consentimento para a prática de atos médicos é, em regra, plenamente eficaz.*

2. Breve análise do regime da Lei n.º 49/2018 de 14 de agosto

2.1. O acompanhado

A nova redação do art.138.º, ao contrário dos anteriores preceitos relativos à interdição e inabilitação, não adota uma enumeração taxativa dos fundamentos para a adoção da medida de acompanhamento. Assim, dispõe que: “O maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código”. Desta feita, verificamos que o legislador estabeleceu o âmbito de aplicação do instituto através da consagração de conceitos indeterminados¹⁵.

Por sua vez, para que o acompanhamento possa ser decretado exige-se a observância de um requisito de ordem subjetiva (“a impossibilidade de exercer plena, pessoal e conscientemente os direitos ou cumprir os deveres”), ou seja, “trata-se da possibilidade de o sujeito se autodeterminar, no que respeita ao exercício dos seus direitos e ao cumprimento dos seus deveres”. Note-se que, desapareceram os pressupostos da habitualidade e durabilidade, todavia continua a exigir-se uma certa ideia de constância, admitindo-se que o acompanhamento possa ser decretado em relação a situações temporárias.

Já no plano do requisito objetivo, “exige-se que a impossibilidade para exercer os direitos ou cumprir os deveres se funde em razões de saúde, numa deficiência ou no comportamento do beneficiário”, o que se surge como uma “formulação ampla”, con-

¹⁵ Barbosa, Mafalda Miranda, Maiores Acompanhados - Primeiras notas depois da aprovação da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, Coimbra, Gestlegal, 2018, p. 53.

ferindo “maior margem ao julgador para cumprir as finalidades normativas do regime em função das especificidades do caso”¹⁶ concreto.

No âmbito da saúde, integram-se patologias de ordem física, quer patologias de ordem psíquica e mental – “parece portanto haver um alargamento em relação ao quadro de fundamentos das interdições e inabilitações” ... “deixamos de estar limitados à noção de anomalia psíquica e pelas dificuldades de recondução de algumas doenças que, afetando sistemicamente o corpo humano, podem não contender diretamente com a mente, v.g. doenças do sistema nervoso periférico que, provocando um atrofia muscular absolutamente incapacitante não alteram o pensamento. Por outro lado, porque se abandona o requisito da durabilidade da situação, podemos reconduzir às razões de saúde um estado de coma transitório provocado por um acidente ou uma intervenção cirúrgica envolta em problemas”¹⁷. Note-se que continuam a integrar este âmbito as hipóteses que já antes eram contempladas pelas incapacidades dos maiores, v.g. esquizofrenias, depressões, etc.

Por deficiência, deve atender-se à definição fornecida pela OMS. No entanto, considera-se que se integram neste âmbito os cegos e os surdos-mudos (a que já se aludia no regime anterior das interdições e inabilitações, tal como as deficiências mentais); “fundamental é que a deficiência limite o desempenho do sujeito em termos volitivos e/ou cognitivos. Serão por isso residuais as situações de cegueira ou surdez-mudez que possam fundar o regime do maior acompanhado, na medida em que dificilmente determinarão a possibilidade de exercer direitos e cumprir deveres”¹⁸.

Porém, de mais difícil interpretação surge a referência a “pelo seu comportamento”. Surge-nos dúvidas sobre aquilo a que o legislador se quis referir com “comportamento” do maior. Atendendo, às regras da interpretação e através da mobilização do elemento histórico, parece-nos que o legislador se quis referir, sobretudo,

¹⁶ Ibidem

¹⁷ Barbosa, Mafalda Miranda, *Maiores Acompanhados*, cit., p. 54 a 55

¹⁸ Barbosa, Mafalda Miranda, *Maiores Acompanhados*, cit., p. 55

aos antigos casos que poderiam justificar a inabilitação: abuso de bebidas alcoólicas, estupefacientes e prodigalidade. Todavia, devemos acrescentar o requisito patológico, medicamente comprovado, associado a esses comportamentos, pois seria inconstitucional privar a pessoa da sua capacidade apenas por razões morais ou de comportamento social. Tal limitação da capacidade configuraria uma violação do direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º 1 da CRP). Assumem assim relevo as novas adições (maxime, o fenómeno do jogo a dinheiro no espaço virtual) e o fenómeno da patologia dual.

Por fim, salientamos que o regime do maior acompanhado assenta num princípio de subsidiariedade, que nos termos do art.140º/1, salienta que “O acompanhamento do maior visa assegurar o seu bem-estar, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, salvo as exceções legais ou determinadas por sentença”.

Por seu turno, no n.º 2 prevê que “A medida não tem lugar sempre que o seu objetivo se mostre garantido através dos deveres gerais de cooperação e de assistência que no caso caibam”. Assim, daqui decorre que antes da intervenção estatal, através dos órgãos judiciais que podem limitar ou modelar a capacidade de exercício das pessoas, se faz apelo aos deveres familiares, resultantes quer do casamento, quer da relação de filiação (ou adoção), que impõem deveres de cooperação e de assistência. Assim, é sabido que sobre os cônjuges recaem os deveres pessoais de coabitação, auxílio e assistência e sobre os filhos recaem os deveres em auxílio e assistência.¹⁹

Em síntese, queremos cidadãos livres, pelo que a exigência do regime se limitar ao minimamente necessário visa, precisamente, garantir ou assegurar a autodeterminação e capacidades do maior em cada caso, pelo que sendo que não haverá acompanhamento quando os deveres de assistência e cooperação bastarem para a proteção da pessoa.

19 Cf. PEREIRA, André G. Dias/ CAMPOS, Juliana “O envelhecimento: apontamento acerca dos deveres da família e as respostas jurídico-civil e criminais. *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, (ISSN 2184-1020), 2018, p. 61-80.

Muito importante, numa perspetiva de promoção da autode-terminação e planeamento da velhice e da doença, é o facto de o acompanhamento poder ser requerido pelo próprio (art.141.º, n.º 1). É um aspeto de louvar, pois permite a autodeterminação em caso de doença, designadamente no início de um processo demencial ou, mediante autorização deste, pelo cônjuge, pelo unido de facto, por qualquer parente sucessível ou, independentemente de autorização, pelo Ministério Público. A autorização do beneficiário pode ser suprida pelo tribunal, nos termos do art.141.º, n.º 2.

2.2. Âmbito e conteúdo do acompanhamento

A regra é a de que “a medida de acompanhamento deverá ter um âmbito mínimo necessário”²⁰, o qual deverá ser aferido atendendo à situação concreta do acompanhado, nos termos do novo art.145.º.

Assim, entre as funções que podem atribuir-se ao acompanhante (em função de cada caso e independentemente do que seja pedido) destacam-se no n.º 2:

- a) Exercício das responsabilidades parentais ou dos meios de as suprir, conforme as circunstâncias;*
- b) Representação geral ou representação especial com indicação expressa, neste caso, das categorias de atos para que seja necessária;*
- c) Administração total ou parcial de bens;*
- d) Autorização prévia para a prática de determinados atos ou categorias de atos;*
- e) Intervenções de outro tipo, devidamente explicitadas.”*

Pela nossa parte, parece-nos não ter sido a melhor opção a ordem pela qual são apresentadas as medidas de acompanhamento. Vejamos: se se visa a máxima autonomia possível, deveria a lei apresentar, em primeiro lugar, as medidas menos restritivas e só em último lugar, e em casos absolutamente excecionais, de-

²⁰ Neste sentido, Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida- 100/CNECV/ (p.6)

veria apresentar a hipótese de representação geral ou mesmo de “exercício das responsabilidades parentais”. Esta última hipótese – pensada seguramente para os casos em que a grave deficiência já acompanhe a pessoa na menoridade, aponta para uma infantilização do adulto acompanhado e seria possível maior arrojo legislativo; a primeira faz correr o risco de que a reforma se venha a revelar malsucedida.

Expliquemos: se, nos últimos anos, cerca de 90% dos processos de incapacidade resultam em interdição e menos de 10% em inabilitação, o legislador ao colocar em destaque a possibilidade de “representação geral”, não estará a facilitar o caminho – o caminho de uma representação geral – para eventuais dificuldades que o “juiz-alfaiate” possa ter para tecer o “fato à medida” (na feliz expressão de Pinto Monteiro)?²¹

Veremos, dentro de alguns anos, se a “representação geral” foi aplicada em casos excepcionais e de forma subsidiária, como prescreve o n.º 1 do art. 145.º “O acompanhamento limita-se ao necessário” e resulta do próprio n.º 2 do artigo 18.º da Constituição (princípio da proporcionalidade)? Ou confirmaremos que houve uma mera “burla de etiquetas”, substituído o nomen iuris de interdição, pelo “maior acompanhado sujeito ao regime de representação geral”? É papel da doutrina e da jurisprudência interpretar a norma de acordo com a Convenção de Nova Iorque e as medidas de acompanhamento devem ser apenas as necessárias e devem potenciar a autonomia da pessoa e não limitar essa mesma capacidade.

O dever de cuidado e diligência é colocado em destaque (art. 146.º). O “acompanhante privilegia o bem-estar e a recuperação do acompanhado, com a diligência requerida a um *bonus pater familiae*, tendo em conta as circunstâncias da situação concreta.”

Por seu turno, O n.º 2 do art. 146.º contempla uma solução arrojada que nos leva a questionar se estamos perante uma norma

21 Cf. MONTEIRO, António Pinto. *Das Incapacidades ao Maior Acompanhado*: breve apresentação da lei n.º 49/2018. in *CADERNOS DO CEJ: O Novo regime Jurídico do Maior Acompanhado* - http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf

imperfeita. Com efeito, o preceito dispõe que “o acompanhante mantém um contacto permanente com o acompanhado, devendo visitá-lo, no mínimo, com uma periodicidade mensal, ou outra periodicidade que o tribunal considere adequada”. A lei estabelece um dever de visita mensal, tornando a relação (entre o acompanhado e o acompanhante) paralela à relação que se estabelece no âmbito das relações parentais com menores? Tal propósito visa um efetivo apoio ou suporte moral e um acompanhamento não apenas jurídico, mas também existencial, ao maior acompanhado. Parece-nos uma solução ambiciosa, mas que pode desconsiderar muitas situações da vida social, em que pelas distâncias geográficas e as dificuldades da vida profissional, muitos candidatos a acompanhante, designadamente os filhos do acompanhado, poderão ter dificuldade em cumprir com este dever de visita (no mínimo, mensal).

Assim sendo, deverá o tribunal favorecer a escolha por alguém que, mesmo não tendo relações familiares, esteja mais próximo e mais disponível para assumir esta responsabilidade.

Por isso mesmo deveria o legislador ter tido a coragem de equacionar – pelo menos não proibir – uma relação de acompanhamento a título profissional, com a consequente onerosidade que lhe estaria associada. O art. 151.º veda essa possibilidade, apenas admitindo a “alocação” de despesas, o que deverá querer dizer, o reembolso ou ressarcimento de despesas.

Poderia o legislador ter ido ainda mais longe, permitindo a designação de uma pessoa coletiva, devidamente credenciada e fiscalizada, para o exercício da função de acompanhante. Quem conhece e frequenta a realidade, muitas vezes em situações de internamento, de muitas pessoas de maior idade e com graves doenças, sabe que a profissionalização do acompanhamento e a abertura à nomeação de pessoas coletivas poderia ser um passo positivo para a vida concreta de muitos cidadãos. O Código Civil manteve-se preso a um modelo mais familiar, de maior entrega e altruísmo por parte do acompanhante, um modelo quiçá “român-

tico”, que talvez já não acompanhe as exigências práticas da vida hodierna.

Este dever de visita depara-se ainda com uma debilidade do lado jurídico. Qual a sanção do incumprimento do dever de visita? No limite, poder-se-á nomear outro acompanhante? Não estamos seguros que o faltoso sinta essa mudança como sanção ou como um alívio das suas tarefas familiares ou sociais... Naturalmente, poder-se-á equacionar um caso de responsabilidade civil, pelo que não é indiferente esta previsão legal do dever de visita, mas também pode afastar alguns candidatos do encargo de ser acompanhante.

2.3. O acompanhante

Atendendo ao novo art.143.º, verifica-se que é acompanhante o (1) maior, (2) no pleno exercício dos seus direitos e que (3) é escolhidos pelo acompanhado ou pelo seu representante (4) sendo designado judicialmente.

Consideramos muito positiva a possibilidade de o próprio (art. 141.º) ter a possibilidade de requerer o acompanhamento, sem prejuízo da função de decidir sobre o acompanhamento caber ao tribunal.

No n.º2 do art. 143.º, estabelece-se que “na falta de escolha, o acompanhamento é deferido, no respetivo processo, à pessoa cuja designação melhor salvaguarde o interesse imperioso do beneficiário”, apresentando de seguida uma lista não taxativa (atendendo à referência ao advérbio “designadamente”): a) Ao cônjuge não separado, judicialmente ou de facto; b) Ao unido de facto; c) A qualquer dos pais; d) À pessoa designada pelos pais ou pela pessoa que exerça as responsabilidades parentais, em testamento ou em documento autêntico ou autenticado; e) Aos filhos maiores; f) A qualquer dos avós; g) À pessoa indicada pela instituição em que o acompanhado esteja integrado; h) Ao mandatário a quem

o acompanhado tenha conferido poderes de representação; i) A outra pessoa idónea. Por sua vez, o n.º3 refere a possibilidade de serem designados vários acompanhantes com diferentes funções, especificando-se as atribuições de cada um, com observância dos números anteriores.

Com efeito, consideramos que este elenco carece de algumas observações e que nos leva a concluir pela necessidade de um aperfeiçoamento, sob pena de estarmos diante uma “novílingua” jurídica. Vejamos:

Assim, a alínea a) confere a possibilidade de ser acompanhante o “cônjuge não separado, judicialmente ou de facto”. O Parecer do CNECV dá conta deste aspeto na alínea g) do ponto 3: (associa-se) “de uma forma nada rigorosa e que se presta a equívocos, duas situações juridicamente muito distintas, a dos “cônjuges separados de pessoas e bens” e dos “conjugues separados de facto”.

Também na redação do art. 147.º há lapsos técnicos de Direito da Família, pois fala em “constituir situações de união”, quando quererá referir-se a constituir situações de “união de facto” (Lei n.º 7/2001, de 11 de maio).

Por outro lado, refere-se o ato de educar “os filhos ou os adotados”, criando uma distinção entre filiação natural e filiação adotiva que está em completa contradição com o espírito do instituto da adoção, segundo o qual “o adotado adquire a situação de filho do adotante e integra-se com os seus descendentes na família deste” (art. 1986.º).

Trata-se de estranhas faltas de rigor conceptual e terminológico de importantíssimos institutos de Direito da Família, que não abonam em favor da qualidade do Código Civil, na comemoração dos seus 50 anos.

Criticamos ainda o termo de “acompanhante” (art.143.º). Com efeito, consideramos que o mesmo vai gerar muita incompreensão e confusão nos serviços de saúde. É que no mundo hospitalar, há já a longa tradição da chamada “pessoa de referência”, que se distingue do “acompanhante”. A primeira é a pessoa a quem se

transmitem as informações mais importantes e se pedem apoios materiais e conselhos para as decisões clínicas. Os “acompanhantes” são aqueles que vêm prestar visita durante um internamento. E isto consta de Lei aprovada pela Assembleia da República. Com efeito, o Capítulo III da Lei n.º 15/2014, de 21 de março, intitulado “Acompanhamento do utente dos serviços de saúde”.²²

O art. 13.º prevê expressamente o referido *nomen*:

“Artigo 13.º (Acompanhante)

1 - Nos casos em que a situação clínica não permita ao utente escolher livremente o *acompanhante*, os serviços devem promover o direito ao acompanhamento, podendo para esse efeito solicitar a demonstração do parentesco ou da relação com o utente invocados pelo acompanhante.

2 - A natureza do parentesco ou da relação referida no número anterior não pode ser invocada para impedir o acompanhamento.

3 - Quando a pessoa internada não esteja *acompanhada*, a administração do estabelecimento de saúde deve diligenciar para que lhe seja prestado o atendimento personalizado necessário e adequado à situação.”

Está instalada a confusão terminológica e conceptual nas clínicas, nos hospitais, nos Estabelecimentos Residenciais para Pessoas Idosas e nas Unidades de Cuidados Continuados... Haverá dois tipos de acompanhantes: os “acompanhantes” do Código Civil, que correspondem ao antigo tutor ou curador, que era muitas vezes (mas não necessariamente) a “pessoa de referência” e os “acompanhantes” da Lei dos direitos e deveres dos utentes, que correspondem às pessoas que vêm prestar visita e dar apoio emocional e afetivo às pessoas doentes.

²² Lei n.º 15/2014, de 21 de março (Lei dos Direitos e Deveres dos Pacientes); Capítulo III (Acompanhamento do utente dos serviços de saúde). Especifica o art. 12.º da mesma Lei: Direito ao acompanhamento. 1 - Nos serviços de urgência do SNS, a todos é reconhecido e garantido o direito de acompanhamento por uma pessoa por si indicada, devendo ser prestada essa informação na admissão pelo serviço. 2 - É reconhecido à mulher grávida internada em estabelecimento de saúde o direito de acompanhamento, durante todas as fases do trabalho de parto, por qualquer pessoa por si escolhida. 3 - É reconhecido o direito de acompanhamento familiar a crianças internadas em estabelecimento de saúde, bem como a pessoas com deficiência, a pessoas em situação de dependência e a pessoas com doença incurável em estado avançado e em estado final de vida.

Uma nomenclatura que se quis não discriminatória, mas que se revela não só semioticamente perturbadora, como juridicamente confusa.

A solução deverá passar por uma revisão da nomenclatura utilizada. Talvez a mudança da Lei n.º 15/2014, de 21 de março, pareça mais fácil, dada a altíssima dignidade do Código Civil. Porém, na semântica da língua portuguesa, a designação de acompanhante assenta bem na função social daquele que acompanha ou visita a pessoa internada...

Olhando o direito do nosso país irmão e que também modificou o seu Código Civil, para acolher as exigências da Convenção de Nova Iorque, constatamos que, no Brasil, se optou por uma designação com maior tradição técnico-jurídica, por um lado, mantendo a curatela (o que, no fundo, é mais transparente do que aceitar um acompanhante com poderes de representação geral) e, por outro, acrescentando o instituto da "Tomada de Decisão Apoiada."²³

3. Capacidade do acompanhado: o exercício de direitos de personalidade/pessoais (e negócios da vida corrente)

O art.147.º (sob a epígrafe Direitos pessoais e negócios da vida corrente) procede à reafirmação da capacidade dos maiores, uma vez que estabelece que "o acompanhado pode exercer de forma livre o exercício dos seus direitos pessoais e a celebração de negócios da sua vida corrente, a não ser que haja uma disposição da lei ou decisão judicial em contrário".²⁴

Por sua vez, no n.º 2 a lei consagra como direitos pessoais os "direitos de casar ou de constituir situações de união, de procriar, de perfilhar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no es-

²³ Cf. Nelson ROSENVALD, *A Tomada de Decisão Apoiada – Primeiras Linhas Sobre Um Novo Modelo Jurídico Promocional Da Pessoa Com Deficiência*. <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/253.pdf>

²⁴ Neste sentido dispõe o n.º 1: "O exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário."

trangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar”.

Desta feita, atendendo à letra da lei, constatamos que a mesma não cuida das matérias do foro médico ou do exercício dos direitos de personalidade na área da saúde. Todavia, importa salientar que a lei não é taxativa (“são pessoais, entre outros”). Assim sendo, e retomando o que já foi dito, se partimos da ideia da capacidade e se ela não sofreu restrições para a prática de atos médicos, então é porque o maior é plenamente capaz para o exercício dos direitos de personalidade na área da saúde.

4. O exercício dos direitos de personalidade na área da saúde: as intervenções reguladas

A Lei n.º 49/2018 reviu a regulamentação de algumas intervenções médicas: (1) Internamento, (2) PMA – Procriação Medicamente Assistida, (3) Investigação Clínica, (4) Lei de Saúde Mental, (5) Lei das Declarações Antecipadas de Vontade. Analisemos:

4.1. O internamento

No que concerne ao (art.148.º), o n.º 1 do art.148.º dispõe: “O internamento do maior acompanhado depende de autorização expressa do tribunal.”

Primeiramente, importa referir que o legislador atendeu especificamente ao internamento, todavia fê-lo de forma contida, uma vez que não se identificam quaisquer pressupostos para a restrição dos direitos fundamentais que são colocados em causa nesta sede, v.g. o direito à liberdade (art. 27.º da CRP). Esta falta de determinação das condições de um internamento poderá levantar problemas de constitucionalidade, face ao n.º 2 do art.18.º da CRP. Acresce que a lei não é suficientemente precisa na concretização do tipo de internamento. Por outras palavras, surgem-nos dúvidas sobre se estão aqui incluídas as hipóteses de internamento

hospitalar de curta duração, de internamento em Estabelecimento Residencial para Pessoas Idosas, de internamento em Unidades de Cuidados Continuados e Integrados²⁵.

Ademais, refere-se que no n.º 2 que o internamento do maior acompanhado fica dependente de ratificação (?) do juiz: “Em caso de urgência, pode o internamento ser imediatamente solicitado pelo acompanhante, ficando sujeito à ratificação do juiz”.²⁶ A Lei de Saúde Mental (Lei n.º 36/98, de 24 de Julho) prevê o internamento compulsivo de urgência, exigindo depois, no prazo de 48 horas, a confirmação judicial desse internamento. Confirmação do internamento e não ratificação, parece-nos, seria uma opção mais adequada no plano conceptual.

Por outro lado, questionamos a necessidade da autorização para todas as situações de internamento. A doutrina terá que detalhar os vários tipos de internamento, propondo-se agora, os seguintes subsídios:

a) o internamento ao abrigo da Lei de Saúde Mental deverá reger-se pela lei especial (Lei n.º 36/98, de 24 de Julho), não sendo o consentimento do acompanhante suficiente para configurar uma situação de internamento voluntário, salvo se isso estiver expressamente previsto na sentença de acompanhamento;²⁷

b) quanto ao internamento em situação de emergência, não vemos necessidade de autorização expressa do tribunal, pois resulta de uma decisão clínica – exclusivamente médica – com vista a satisfazer os melhores interesses da pessoa doente (por exemplo, internamento com pneumonia em que a pessoa careça de oxigénio);

c) o internamento em unidade de cuidados continuados integrados (UCCI): estes internamentos dão-se muitas vezes após

25 Sobre a referida imprecisão conceitual já se pronunciou o CNECV no Parecer 100/CNECV/2018, tendo concluído que: “No que se refere ao “internamento”, a formulação é muito imprecisa, pois dever-se-ia distinguir o tipo de internamento e o grau de necessidade de acompanhamento da pessoa, tendo em conta as instituições e recursos atualmente disponíveis.” (Parecer 100/CNECV/2018” (p.10).

26 Parece-nos estranha a utilização de uma terminologia própria da representação sem poderes, consagrada no art. 268.º do Código Civil, num ato de internamento do maior acompanhado. Quererá isto indiciar que o internamento ordenado pelo acompanhante é válido, mas ineficaz e que a eficácia será atribuída pelo tribunal? Que consequências terá esta solução no plano patrimonial? A relação jurídica de internamento, muitas vezes onerosa, não gera efeitos judicialmente exigíveis?

27 Cf. o art. 5.º, n.º 1, al. “c) Decidir receber ou recusar as intervenções diagnósticas e terapêuticas propostas, salvo quando for caso de internamento compulsivo ou em situações de urgência em que a não intervenção criaria riscos comprovados para o próprio ou para terceiros.”

alta hospitalar, mas em que o doente carece de cuidados médicos especializados; o tempo de internamento é limitado no tempo (dependendo da tipologia) e é medicamente prescrito; donde, também nos parece excessivo o recurso a “autorização expressa do tribunal”;

c) internamento (de longa duração)²⁸, a pedido de familiares, maxime do acompanhante, em Estabelecimentos Residenciais para Pessoas Idosas (ERPI) (ou casos similares) será o caso em que se poderá justificar a “autorização expressa do tribunal”, pois – atendendo à teleologia da norma – é nestes casos que faz sentido uma avaliação imparcial, por um Juiz, da necessidade e adequação de um internamento de longa duração, pois isto significa uma radical mudança do projeto de vida e de direitos fundamentais, como o de estabelecer domicílio e o desenvolvimento da personalidade. Direitos fundamentais cuja limitação não se deverá bastar com o requerimento do acompanhante, antes exige um dever de proteção estadual, através do tribunal.

Pena é que a lei não ofereça critérios que devam orientar o Juiz na sua decisão.

4.2. Procriação Medicamente Assistida

O artigo 7.º da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, leva a cabo uma alteração à Lei da Procriação Medicamente Assistida, que passará a contar com o artigo 6.º: “2 — As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e desde que não exista uma sentença de acompanhamento que vede o recurso a tais técnicas.»

O direito a constituir família (art. 36.º), no qual se situa também o direito de acesso, de forma geral, às técnicas de PMA é um direito fundamental e a sua limitação carece de uma profunda justificação. A Lei entendeu que o Juiz pode ter competências para essa limitação, o que também não é isento de dúvidas. Mesmo

²⁸ No caso de um internamento para descanso do cuidador, tipologia típica das UCCI, mas que também pode existir em ERPI, também nos parece desnecessária a autorização judicial.

que se considere o melhor interesse da criança a nascer e algum tipo de razões eugénicas, tradicionalmente invocadas nos impedimentos matrimoniais,²⁹ julgamos que a lei deveria ter sido mais rigorosa na determinação de critérios, a serem preenchidos – no caso concreto – pelo tribunal. Assim, antevemos que só em casos excecionais e devidamente previstos e justificados na sentença de acompanhamento se pode afastar o direito de acesso às técnicas de PMA por parte de um maior acompanhado.

4.3. Investigação clínica

No que respeita aos participantes maiores incapazes de prestar consentimento informado, o novo n.º 2 do artigo 8.º da Lei n.º 21/2014, de 14 de abril, prevê: “a) For obtido o consentimento informado do acompanhante com poderes de representação especial, nos termos do número seguinte, o qual deve refletir a vontade presumível do participante.”

Merece referência o facto de já na versão originária (de 2014) o caput do n.º 2 prever: “A realização de estudos clínicos com maiores que, antes do início da sua incapacidade, não tenham dado nem recusado o consentimento informado (...)” Isto significa que no âmbito do Direito da Saúde, e em especial, no direito da experimentação em seres humanos se promove o máximo respeito pela autonomia do participante no ensaio clínico, mesmo que sujeito ao regime do maior acompanhado.

Esta norma está em linha com a Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina, que prevê, no artigo 17.º (Proteção das pessoas que careçam de capacidade para consentir numa investigação): o direito de oposição da pessoa, mesmo que sujeita ao regime do maior acompanhado: “v) A pessoa em causa não tenha manifestado a sua oposição.”

Do mesmo passo, o Regulamento (UE) n.º 536/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, relati-

²⁹ SANTOS, Heloísa G./ PEREIRA, André Dias, *Genética para Todos – de Mendel à Revolução Genómica do Século XXI – a prática, a ética, as leis e a sociedade*, Lisboa, Gradiva, 2019, p. 116 ss.

vo aos ensaios clínicos de medicamentos para uso humano, estabelece no artigo 31.º as seguintes exigências: “b) O sujeito incapaz recebeu as informações referidas no artigo 29.o, n.o 2, de forma adequada tendo em conta a sua capacidade de compreensão das mesmas; c) O investigador respeita o desejo explícito de um sujeito incapaz que possa formar uma opinião e avaliar as informações referidas no artigo 29.o, n.o 2, de se recusar a participar ou de ser retirado do ensaio clínico a qualquer momento.”

Em suma, o acompanhado tem sempre o direito de veto, no âmbito dos ensaios clínicos de medicamentos!³⁰

4.4. Lei da Saúde Mental

O artigo 14.º Lei n.º 49/2018 procede a uma alteração à Lei de Saúde Mental, que passa a contar com o artigo 5.º com a seguinte redação: “3 — Os direitos referidos nas alíneas c), d) e e)³¹ do n.º 1 são exercidos pelos representantes legais quando os doentes sejam menores de 14 anos ou maiores acompanhados e a sentença de acompanhamento não faculte o exercício direto de direitos pessoais.”

Por um lado, teria sido uma boa oportunidade para atualizar a idade da maioridade para cuidados de saúde para 16 anos, em linha com a modificação operada no art. 38.º, n.º 3 do Código Penal em 2007 (Lei n.º 59/2007, de 04 de Setembro) e que tem sido acompanhado pela legislação e pela doutrina nacional.

Também nos parece pouco feliz a expressão de que o maior acompanhado (quando no âmbito da lei de Saúde Mental) estará,

30 Note-se que este Regulamento europeu contém uma norma muito polémica, por permitir intervenções antes do consentimento, nas situações de emergência (artigo 35.º) (Ensaio clínico em situações de emergência): “1. Em derrogação do disposto no artigo 28.º, n.º 1, alíneas b) e c), no artigo 31.o, n.º 1, alíneas a) e b), e no artigo 32.º, n.º 1, alíneas a) e b), pode ser obtido o consentimento esclarecido para participar num ensaio clínico e podem ser fornecidas informações sobre o ensaio clínico após a decisão de incluir o sujeito no ensaio clínico, contanto que essa decisão seja tomada no momento da primeira intervenção no sujeito do ensaio, de acordo com o protocolo relativo à realização desse ensaio clínico, e que estejam reunidas todas as condições seguintes (...). Esta norma visa aumentar a capacidade de investigar novos fármacos que visem debelar as principais causas de morte na Europa, designadamente o AVC (acidente vascular cerebral), enfarte do miocárdio, que são grandes causas de morte e de grande incapacidade em Portugal (e na Europa).

31 Recordamos que os direitos em causa são: “c) Decidir receber ou recusar as intervenções diagnósticas e terapêuticas propostas, salvo quando for caso de internamento compulsivo ou em situações de urgência em que a não intervenção criaria riscos comprovados para o próprio ou para terceiros; d) Não ser submetido a electroconvulsivoterapia sem o seu prévio consentimento escrito; e) Aceitar ou recusar, nos termos da legislação em vigor, a participação em investigações, ensaios clínicos ou actividades de formação;”

em princípio, sujeito ao regime da representação legal. Parece que a Convenção de Nova Iorque ficou esquecida nesta redação do n.º 3. Os princípios da necessidade e proporcionalidade foram olvidados ao entrar no mundo da psiquiatria?

Antes se aponta para uma infantilização, equiparando o maior acompanhado ao menor de 14 anos e exigindo – se bem compreendemos a norma – que seja a sentença de acompanhamento a facultar o exercício direto de direitos pessoais? Quando deveria ser exatamente o oposto! Em regra, o maior sujeito a acompanhamento manteria a sua capacidade de exercício dos seus direitos pessoais intocada e, excecionalmente, a sentença poderia limiar esse exercício, adotando o modelo da substituição, com um representante legal (“acompanhante”).

4.5. Diretivas Antecipadas de Vontade e o mandato com vista ao acompanhamento

A doutrina internacional vem apelando para a necessidade de, em sociedades envelhecidas, se promover a planificação do envelhecimento e o planeamento dos cuidados de saúde (ageing planning, health-care planning).³² Isto é especialmente importante nas áreas das demências, do Alzheimer ou mesmo de um tumor cerebral.

A regulamentação das Diretivas Antecipadas de Vontade, seja na forma de testamento vital, seja na modalidade de nomeação de procuradores de saúde, foi um passo em frente, que a Lei n.º 25/2012, de 16 de julho, trouxe ao nosso ordenamento jurídico.

Ainda assim, o mandato com vista ao acompanhamento era uma necessidade imperiosa para regular matérias da vida quoti-

³² PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Publicações do Centro de Direito Biomédico, 22, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, p. 513.

diana de gestão do património, visto que os primeiros instrumentos estavam limitados aos assuntos de saúde³³.

No que concerne ao mandato com vista a acompanhamento, prescreve o artigo 156.º: “1 — O maior pode, prevenindo uma eventual necessidade de acompanhamento, celebrar um mandato para a gestão dos seus interesses, com ou sem poderes de representação.”

Merece louvor, o n.º 3 do art. 156.º que prevê que “no momento em que é decretado o acompanhamento, o tribunal aproveita, no todo ou em parte, e tem-no em conta na definição do âmbito da proteção e na designação do acompanhante.”

O CNECV criticou esta formulação lacunosa e aberta e pouco regulamentado: “O “Mandato com vista a acompanhamento” (proposta de redação para o art. 156.º) que, tendo em conta os fundamentos e objetivos anunciados para a reforma, deveria ser central no estatuto do maior acompanhado, aparece como complementar e regulado de forma insatisfatória, não incluindo soluções sobre possíveis impedimentos do mandatário designado, nem concretizando os seus deveres de conduta.” (Parecer 100/CNECV/2018)

Já nos parece questionável o previsto no novo n.º 3 do artigo 14.º (da Lei das Diretivas Antecipadas de Vontade) que prevê que “a procuração pode ser revogada por decisão do tribunal que instaure o acompanhamento de maior.» Impõe-se muita cautela judicial – pode constituir uma injustificada aniquilação da autonomia! Na medida do possível deve sempre ter-se em conta a vontade do sujeito.³⁴

Finalmente, com a Lei n.º 49/2018 2018, o artigo 4.º (Requisitos de capacidade) passou a ter a seguinte redação: “Podem outorgar um documento de diretivas antecipadas de vontade as pessoas que, cumulativamente: a) Sejam maiores de idade; b) Não estejam

33 Com efeito, reza o artigo 12.º (Procuração de cuidados de saúde): “1 - A procuração de cuidados de saúde é o documento pelo qual se atribui a uma pessoa, voluntariamente e de forma gratuita, poderes representativos em matéria de cuidados de saúde, para que aquela os exerça no caso de o outorgante se encontrar incapaz de expressar de forma pessoal e autónoma a sua vontade.”

34 O máximo respeito possível pela vontade anteriormente manifestada é uma exigência do Artigo 9.º da Convenção de Oviedo e pelas Recomendações do Conselho da Europa: COE 1999, Council of Europe. rec (99)4. on principles concerning the legal protection of incapable adults.

em situação de acompanhamento, caso a sentença que a haja decretado vede o exercício do direito pessoal de testar; c) Se encontrem capazes de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido.”

Parece-nos que só em casos excepcionais, de completa ausência de discernimento, poderá o tribunal impedir a pessoa de redigir um testamento vital ou de nomear um procurador de cuidados *de saúde, dada a natureza pessoalíssima destas faculdades.*

5. O exercício de direitos de personalidade - intervenções não reguladas

A Lei n.º 49/2018 não regula outras intervenções médicas, designadamente: (1) Tratamentos médicos em geral, tais como: cirurgias, quimioterapias, diálise, cuidados respiratórios; (2) Medicina reprodutiva: Interrupção Voluntária da Gravidez, Esterilização; (3) Transplante de órgãos; (4) Fim de Vida, Cuidados paliativos, Sedação paliativa, recusa de alimentação e de hidratação.

5.1. Tratamentos médicos em geral

A lei nunca conseguiria regular todos as intervenções. Compete ao intérprete ir adaptando o Direito em vigor às novas exigências do respeito pela autonomia dos maiores acompanhados.

Fazem parte dos tratamentos médicos em geral: cirurgias, quimioterapias, diálise, cuidados respiratórios, fisioterapia, medicação, etc. Importa referir que relativamente aos tratamentos em geral, a regra geral é a de que *o maior é livre de decidir; em regra, respeita-se a capacidade e autonomia do maior acompanhado.*³⁵

Parece-nos que pode ser importante a distinção entre as intervenções minor e as intervenções major. No caso das primeiras intervenções, deverá ser reservado o maior poder de decisão pos-

³⁵ Segundo o art. 147.º/1: “O exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário.”

sível para a pessoa (maior acompanhado); no caso das segundas, poderá ser necessário a aplicação efetiva do regime de acompanhamento, mas sempre com respeito pelo quadro de valores e as opiniões anteriormente expressas pelo doente.³⁶

A Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (em vigor em Portugal desde dezembro de 2001), estatui, no artigo 6.º (Protecção das pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento):

“3 — Sempre que, nos termos da lei, um maior careça, em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei.

A pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização.”

Eis um comando a ter sempre presente na vida quotidiana da ação médica.

5.2. Medicina reprodutiva

Relativamente à interrupção voluntária da gravidez, o artigo 142.º do Código Penal regula o consentimento nos seguintes termos: “5 - No caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos ou psiquicamente incapaz, respectiva e sucessivamente, conforme os casos, o consentimento é prestado pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral.”

36 Concordamos com o teor das seguintes normas do Regulamento n.º 707/2016 (Regulamento de Deontologia Médica) que prevê, no artigo 21.º (Doentes incapazes de dar o consentimento): “1 — O consentimento dos menores ou de doentes com alterações cognitivas que os tornem incapazes, temporária ou definitivamente, de dar o seu consentimento, deve ser solicitado ao seu representante legal, se possível. 2 — Quando existir uma diretiva antecipada de vontade ou a nomeação de um procurador de cuidados de saúde por parte do doente, o médico deve respeitar as suas decisões nos termos previstos na lei, sem prejuízo do exercício do direito à objeção de consciência. 5 — Para os efeitos do presente artigo entende-se como melhor interesse do doente a decisão que este tomara de forma livre e esclarecida se para tal tivesse capacidade. 6 — A informação fornecida pelos representantes legais, familiares ou pessoas das relações próximas é relevante para o esclarecimento da vontade dos doentes. 7 — Cabe ao médico ponderar, em cada caso, a necessidade de requerer ao tribunal o suprimento judicial de consentimento do doente.”

Devemos interpretar este artigo em conformidade com o novo regime do maior acompanhado e, nos casos (excepcionais) em que o tribunal opte pela representação geral (ou especial para intervenções médicas), então deverá ser o acompanhante a autorizar o ato médico. Nos restantes casos, deve ser a própria maior acompanhada a consentir, pois entra no âmbito dos direitos pessoais, previstos no art. 147.º

Relativamente à esterilização, é de saudar que se tenha abandonado a estranha proposta de lei de 2017,³⁷ mas é criticável o atual silêncio da lei. A doutrina moderna entende que deve ser proibida a esterilização (não terapêutica), não apenas por uma renovada conceção dos direitos humanos da pessoa portadora de deficiência, mas também considerando aliás a evolução dos dispositivos médicos e dos medicamentos que visam evitar a gravidez.

Donde, apesar de este novo regime não se referir a esta matéria, entendemos como cada vez menos justificada a possibilidade de uma esterilização (não terapêutica) de um maior acompanhado, em razão de haver meios médicos menos limitadores do direito à integridade física e moral.

5.3. Transplante de órgãos

O artigo 6.º da Lei n.º 12/93 prevê normas que devem ser interpretadas de acordo com a lei posterior.

“4 - São sempre proibidas a dádiva e a colheita de órgãos ou de tecidos não regeneráveis quando envolvam menores ou outros incapazes.” Assim, os maiores acompanhados estão impossibilitados de dar órgãos ou de tecidos não regeneráveis em todas as circunstâncias? Em respeito à Convenção de Nova Iorque, deveremos fazer a interpretação menos restritiva possível, pelo que

³⁷ O Parecer 100/CNECV/2018 afirmava: “A proposta de redação para o artigo 148.º (“Internamento e medidas anticoncepcionais”) representa, objetivamente, uma agressão aos direitos fundamentais das pessoas. Com efeito, não existe qualquer justificação para ser de exigir que o recurso a métodos anticoncepcionais possa depender de autorização judicial”.

poderá haver casos de maiores acompanhados, mas com muito discernimento e capacidade de decisão, a quem não poderá ser vedada esta faculdade de manter um comportamento altamente altruísta.

No n.º 5 prevê-se: “A dádiva e a colheita de órgãos, de tecidos ou de células regeneráveis que envolvam menores ou outros incapazes só podem ser efectuadas quando se verificarem os seguintes requisitos cumulativos: a) Inexistência de dador capaz compatível; b) O receptor ser irmão ou irmã do dador; c) A dádiva ser necessária à preservação da vida do receptor.”³⁸

O art. 8.º do Lei n.º 12/93, prevê: “5 - A colheita em *maiores incapazes por razões de anomalia psíquica só pode ser feita mediante autorização judicial.*”

Deveremos (a) fazer uma interpretação ampla a exigir autorização judicial para todos os maiores acompanhados? Ou (b) uma interpretação restrita e exigir autorização judicial apenas quando a sentença de acompanhamento o exija? Ou ainda (c) uma interpretação moderada, a exigir autorização judicial quando a sentença preveja a representação legal?

Parece-nos que onde se fala de maiores incapazes, devemos considerar os maiores sujeitos ao regime do acompanhamento. E o acompanhante só deve ser chamado a decidir quando tenha poderes de representação geral ou específica para atos médicos em geral ou este ato de dádiva em especial. Nos restantes casos, em que o maior acompanhado tenha maior amplitude de decisão e apenas careça de medidas de apoio, é o próprio que deve ter a faculdade de consentir na dádiva de tecidos ou de células regeneráveis. Esta interpretação poderá ampliar o âmbito subjetivo de dadores, pelo que se exige aos tribunais um especial cuidado na

38 O artigo 20.º A Convenção de Oviedo (Protecção das pessoas que careçam de capacidade para consentir na colheita de um órgão) regula no mesmo sentido: 1 - Nenhuma colheita de órgão ou de tecido poderá ser efectuada em pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento, nos termos do artigo 5.º 2 - A título excepcional e nas condições de protecção previstas na lei, a colheita de tecidos regeneráveis numa pessoa que careça de capacidade para prestar o seu consentimento poderá ser autorizada se estiverem reunidas as seguintes condições: i) Quando não se disponha de dador compatível gozando de capacidade para prestar consentimento; ii) O receptor for um irmão ou uma irmã do dador; iii) A dádiva seja de natureza a preservar a vida do receptor; iv) A autorização prevista nos n.os 2 e 3 do artigo 6.º tenha sido dada de forma específica e por escrito, nos termos da lei e em conformidade com a instância competente; mas acrescenta: v) O potencial dador não manifeste a sua oposição.”

regulação concreta dos poderes do acompanhante e do acompanhado.

5.4. Fim de Vida

A Lei n.º 31/2018, de 18 de julho regula os direitos das pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida. Esta lei, imbuída de um espírito autonomista, consagra vários direitos de recusa que merecem aqui ser referidos:

Para além do direito ao consentimento informado (art. 5.º), consagra-se o “direito a recusar, nos termos da lei, o suporte artificial das funções vitais e a recusar a prestação de tratamentos não proporcionais nem adequados ao seu estado clínico e tratamentos, de qualquer natureza, que não visem exclusivamente a diminuição do sofrimento e a manutenção do conforto do doente, ou que prolonguem ou agravem esse sofrimento.

O artigo 8.º (Prognóstico vital breve) prevê ainda que: “1 - As pessoas com prognóstico vital estimado em semanas ou dias, que apresentem sintomas de sofrimento não controlado pelas medidas de primeira linha previstas no n.º 1 do artigo 6.º, têm direito a receber sedação paliativa com fármacos sedativos devidamente titulados e ajustados exclusivamente ao propósito de tratamento do sofrimento, de acordo com os princípios da boa prática clínica e da *leges artis*. (...)”

3 - À pessoa em situação de últimos dias de vida, é assegurado o direito à recusa alimentar ou à prestação de determinados cuidados de higiene pessoal, respeitando, assim, o processo natural e fisiológico da sua condição clínica.”

Considerando que algumas destas pessoas poderão estar com um estado de consciência alterado, é de salientar que o legislador teve uma perspetiva respeitadora da vontade concreta dessa pessoa vulnerável e não seguiu a tese segundo a qual se deve promover “os melhores interesses da pessoa” (numa perspetiva

objetiva), o que redundaria numa *heteronomia atentatória do seu direito de recusa*.

Tendo esta lei sido publicada a 18 de julho e a relativa ao maior acompanhado a 14 de agosto, o artigo 11.º (Discrepância de vontades ou decisões) ainda lança mão do conceito de “representantes legais”, pelo carece já de interpretação adapta ao novo regime do maior acompanhado.³⁹

Conclusão

O ordenamento jurídico nacional, em especial o direito civil e o direito da medicina ficaram mais ricos, mais atuais e conformes às exigências éticas e normativas do moderno pensamento dos direitos humanos, plasmado na Convenção sobre as Pessoas com Deficiência. Nesse sentido, esta foi uma boa reforma. Que foi no bom sentido. Terá sido propósito do legislador histórico, deixar as normas com conceitos indeterminados e com uma regulamentação mínima, num esforço – muito defendido pelas correntes metodológicas da segunda metade do século XX – de reforço dos poderes do tribunal e de permitir que o Direito seja constituído por um “juiz alfaiate” que saiba coser um “fato à medida” e que repute importante que o Código Civil mantenha normas curtas e elegantes. Vimos, porém, que a ausência de densidade normativa vai perturbar algumas matérias como, por exemplo, os poderes do mandatário, e, na área médica, o regime do internamento e de algumas intervenções médico-cirúrgicas. Compete à doutrina colmatar lacunas e oferecer critérios de decisão.

Cumpra a todos os operadores sociais e jurídicos promover o máximo de autonomia possível dos maiores que venham a ser sujeitos ao regime de acompanhamento e será bom sinal se as sentenças de acompanhamento optarem mais vezes por medidas

³⁹ “1 - Em caso de discordância insanável entre os doentes ou seus representantes legais e os profissionais de saúde quanto às medidas a aplicar, ou entre aqueles e as entidades prestadoras quanto aos cuidados de saúde prestados, é facultado aos doentes ou aos seus representantes legais o acesso aos conselhos de ética das entidades prestadoras de cuidados de saúde.”

que não a “representação geral” (al. b) do n.º 2 do art. 145.º). Ou seja, a reforma terá sido bem-sucedida se tivermos muito mais sentenças a optar pelas “intervenções de outro tipo” (al. e)), ou pela “autorização prévia para a prática de determinados atos ou categoria de atos” (al. d)).

Na que respeita à área da vida pessoal, em que se inclui a saúde, a regra será a da capacidade sem limitações, embora seja adequado – com vista a cumprir o dever de proteção dos cidadãos – que alguma sentenças venham a prever medidas de apoio “à tomada de decisão” (usando de empréstimo a expressão da lei brasileira).

E, sobretudo, o mandato com vista ao acompanhamento, conjugado com o regime das diretivas antecipadas de vontade permitirão trazer à prática do direito luso o planeamento da velhice e o planeamento da doença, como ferramentas de cumprir um direito fundamental, o desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º da Constituição).