



A FIGURA DO PROCURADOR DE CUIDADOS DE SAÚDE

– Reconhecimento da autodeterminação preventiva e/ou
exercício delegado de direitos fundamentais? –

Diana Sara Lopes Raimundo

Dissertação de **Mestrado em Direito (Área de Ciências
Jurídico-Políticas)** sob orientação da Professora Doutora
Luísa Neto

julho de 2012

SUMÁRIO

ABREVIATURAS	ii
RESUMO	iii
ABSTRACT	iii
AGRADECIMENTOS	iv
INTRODUÇÃO	1
I. A RELEVÂNCIA DA AUTODETERMINAÇÃO PREVENTIVA	2
1. Panorama histórico	2
2. Noções Preliminares	6
2.1 Autonomia Prospetiva	6
2.2 Qualidade de Vida: “Vida biológica” e “Vida biográfica”	9
2.3 O ato médico: a vinculação do médico às <i>leges artis</i>	10
3. Diretiva Antecipada de Vontade ou Testamento Vital?	12
II. A SUSCETIBILIDADE DO EXERCÍCIO DELEGADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: EM ESPECIAL A FIGURA DO PROCURADOR DE CUIDADOS DE SAÚDE	14
1. <i>Quadrus mentis</i> conceptual	15
1.1 Direitos fundamentais e princípios gerais envolvidos	15
1.2 A Representação	26
2. Distinção de figuras afins	29
2.1 Eutanásia e suicídio assistido	29
2.2 Distanásia, futilidade médica, obstinação terapêutica ou encarniçamento terapêutico	33
2.3 Consentimento e dissentimento informados: o direito a não saber	35
III. A CONFIGURAÇÃO DO REGIME LEGAL	38
1. A manifestação de vontade na redação das DAV’s	39
1.1 Requisitos de forma e publicidade	40
1.2 Requisitos de capacidade	45
1.3 O conteúdo das determinações das DAV’s	50
1.4 Eficácia das DAV’s	55
2. Nomeação e poderes do Procurador de Cuidados de Saúde	57
CONCLUSÃO	64
BIBLIOGRAFIA	68

ABREVIATURAS

BE	-	Bloco de Esquerda
CC	-	Código Civil
CDC	-	Convenção sobre os Direitos da Criança
CDHB	-	Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e a Dignidade do Ser Humano
CDOM	-	Código Deontológico da Ordem dos Médicos
CDS-PP	-	Centro Democrático Social-Partido Popular
CNECV	-	Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
CNPD	-	Comissão Nacional de Protecção de Dados Pessoais
CP	-	Código Penal
CPC	-	Código de Processo Civil
CRP	-	Constituição da República Portuguesa
DAV	-	Diretiva Antecipada de Vontade
DUDH	-	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EUA	-	Estados Unidos da América
LDAV	-	Lei n.º 25/2012, de 16 julho, que regula as diretivas 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)
LPD	-	Lei de Protecção de Dados Pessoais
OMS	-	Organização Mundial de Saúde
ONU	-	Organização das Nações Unidas
PPD/PSD	-	Partido Popular Democrático/Partido Social Democrata
PS	-	Partido Socialista
RENDAV	-	Registo Nacional da Diretiva Antecipada de Vontade
RENTEV	-	Registo Nacional do Testamento Vital
SIDA	-	Síndrome de Imunodeficiência Adquirida
SNS	-	Serviço Nacional de Saúde

RESUMO

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

O presente trabalho pretende definir os princípios de enquadramento das DAV's e questionar as respetivas condições de admissibilidade, bem como os seus limites, abordando em especial os problemas da delegação de direitos fundamentais através da figura do procurador de cuidados de saúde.

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

ABSTRACT

Living wills are instructions prepared in advance regarding medical treatments that a person intends to accept or decline, if they ever became unable to express and carry out their own decisions. The present work aims to define the framework of principles and their conditions and limitations, especially addressing the problems of delegation of rights (through the figure of attorney for health care), the conflict of rights and the distinction of similar figures.

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

AGRADECIMENTOS

É com orgulho que atribuo as primeiras palavras de agradecimento à minha família, principalmente aos meus pais. A eles lhes devo tudo o que sou.

Agradeço à Professora Doutora Luísa Neto pela incansável dedicação e total disponibilidade ao longo deste trabalho, bem como pelo espírito crítico e postura perfeccionista que sempre a identificam, mas sobretudo, por saudavelmente me ter ajudado a ultrapassar algumas das dificuldades que me surgiram pelo caminho.

Ao restante corpo docente desta “casa” sou grata por toda a atenção e o apoio concedidos durante a minha formação académica.

Manifesto ainda o meu sincero reconhecimento ao Miguel Vale, por ter sido *ab initio* mais que um suporte, um verdadeiro impulsionador desta obra. Não olvidarei nunca, o empenho com que me contagiou.

Por último mas não menos importante, ao Francisco, porque também dele é este trabalho, tendo fielmente acompanhado a sua elaboração, de modo compreensivo, em especial nos momentos de desassossego.

INTRODUÇÃO

É com entusiasmo que se saúda a publicação da Lei n.º 25/2012, de 16 de julho, diploma que regula as DAV's, na forma de testamento vital e/ou de procurador de cuidados de saúde. Aprovado por unanimidade em votação final global pela Assembleia da República a 1 de junho p.p., culmina um longo processo, que atravessou diferentes legislaturas, originou várias iniciativas parlamentares, envolveu o empenho de um grupo de trabalho criado para o efeito na Comissão Parlamentar da Saúde, e foi também o coroar de um intenso debate desencadeado na sociedade portuguesa. O presente trabalho teve a dificuldade, mas também o inquestionável desafio de acompanhar *pari passu* a parte final do procedimento legislativo, mormente a versão aprovada *supra* referida, a respetiva promulgação pelo Presidente da República a 5 de julho do presente ano e, finalmente, a publicação a 16 de julho.

Visa-se aqui abordar a figura do procurador dos cuidados de saúde no contexto do reconhecimento da autodeterminação preventiva e/ou exercício delegado de direitos fundamentais de quem possa estar em situação de não conseguir manifestar-se sobre os cuidados de saúde que deseja ou não receber. Neste sentido, ancora-se necessariamente nos princípios do respeito pela vida humana (valendo, no entanto, a distinção entre “vida biológica” e “vida biográfica”) e da promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como no respeito pelo direito à liberdade e ao desenvolvimento da personalidade. Neste sentido, de entre as DAV's previstas pelo diploma aprovado, centramo-nos na figura do procurador de cuidados de saúde como mecanismo adequado para dinamizar os direitos fundamentais que contendam com esta matéria e capaz de ultrapassar (algumas) complexidades reconhecidas na elaboração de um testamento vital.

Teremos, finalmente, uma lei sobre as DAV's, que certamente com o decorrer do tempo poderá ser clarificada e melhorada. Registe-se, pois, que não cedemos à tentação de as “endeusar” crendo ingenuamente solucionadas as lacunas na relação da pessoa doente com os vários elementos do sistema de saúde¹. Importará, desde logo, concorrer para que este novo direito dos cidadãos comece a ser conhecido e exercido². Esse foi também o objetivo cívico – que não estritamente académico – que norteou o trabalho que agora se apresenta.

¹ Isabel Galriça Neto, *Testamento Vital: finalmente a aprovação*, Jornal Expresso, 23/06/2012.

² Acentue-se, em absoluto, a necessidade de formação específica para os profissionais de saúde, como salientam Laura Ferreira dos Santos e José Carlos Macedo, *Desvitalidades do testamento vital aprovado*, Jornal Público, 02/07/2012.

I. A RELEVÂNCIA DA AUTODETERMINAÇÃO PREVENTIVA

A proximidade da morte constitui talvez a mais profunda experiência vital com que o ser humano é confrontado³. De facto, e paradoxalmente no momento em que a vida se esgota é que se concretiza o cume da sua realização⁴.

É certo que o médico não conhece suficientemente toda a gama de interesses do doente, interesses que não são apenas físicos, mas também de ordem psicológica, social e espiritual.

Nas próximas páginas pretendemos desencadear uma reflexão sobre a relevância da autodeterminação preventiva, determinando especialmente em que consiste e em que moldes se poderá manifestar. Está em causa o *empowerment* do doente que poderá reforçar, a mero título de exemplo, o exercício do seu legítimo direito à autodeterminação em matéria de cuidados de saúde.

1. Panorama histórico

Considerando o caminho que nos propomos percorrer, afigura-se-nos oportuno elaborar uma síntese histórica que nos possibilite compreender em que aspetos evoluiu a medicina e, assim, denunciar as mais significativas alterações que se fizeram (e ainda se fazem) sentir na relação médico-paciente. O contributo que se espera extrair ao desenhar este trajeto – mesmo que timidamente conhecido – ser-nos-á certamente precioso quer para compreender a real importância do assunto objeto do nosso estudo num contexto hodierno, quer para fundamentar o entendimento que viermos a perfilar.

Apesar de não se conseguir definir de forma rigorosa a atitude adotada pelos médicos relativamente ao respeito da autonomia dos pacientes⁵, há quem defenda que se pode identificar a Idade Média como a época histórica em que a prática clínica foi mais autoritária e exercida de modo mais severo⁶, não só violentando como violando a liberdade e a autonomia dos cidadãos.

É relatado, com frequência, que nos primórdios da medicina, o doente era visto como um mero objeto estragado, desencadeando no médico o entendimento de que era seu dever consertá-lo a todo o custo. Apenas os médicos estavam dotados do poder de decidir sobre um

³ Henrique Vilaça Ramos, *O doente perante o seu fim: autonomia ou paternalismo?*, Cadernos de Bioética, Dezembro 2003, XII, n.º 33, p. 22.

⁴ Henrique Vilaça Ramos, *idem*, ob. e loc. cit.

⁵ Neste sentido veja-se Guilherme de Oliveira, *O fim da «arte silenciosa»*, Temas de Direito da Medicina, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 59.

⁶ Guilherme de Oliveira, *idem*, ob. cit., p. 60.

eventual tratamento do doente, encontrando-se isentos de lhe comunicar previamente qualquer informação e prescindindo posteriormente da sua autorização.

As palavras atribuídas a HIPÓCRATES deixam transparecer o paternalismo médico⁷ ou o paternalismo clínico⁸ que dominava e em que o bem do doente era definido única e exclusivamente pelo médico: “... [a]plicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento ...”.

Na verdade, o termo paternalismo pode ser definido como a realização de ações para o benefício de alguém sem o consentimento dessa pessoa⁹. Portanto, na tão bem conseguida expressão de RUI COELHO E SÓNIA RAMOS, o médico é o pai e o doente é um incapaz, um enfermo (*infirmus*), ou seja, um ente sem firmeza de julgamento e de vontade¹⁰.

Esta relação médico-paciente, caracterizada pelas notas de coisificação do doente e de endeusamento do médico devia-se à discrepância existente entre o saber do médico e o do paciente, sendo este último, muitas vezes, considerado (não só, mas sobretudo) leigo relativamente a matérias de saúde, gerando entre eles uma relação desigual. O médico não desempenhava uma tarefa vulgar, era antes uma espécie de sacerdote que fazia um juramento religioso para entrar num grupo fechado de homens sagrados¹¹ e ocupava os níveis mais altos da hierarquia social¹². Assim, para além dos médicos terem beneficiado da condição cumulativa e privilegiada de eclesiásticos, estiveram sempre tão próximos do divino quanto a própria doença¹³.

Não obstante o exposto, já na Idade Média se descortina a defesa da ‘Boa Morte’, altura em que existiam confrarias que tinham exatamente por missão ministrar ao doente cuidados paliativos e conforto moral, apoiando-se na qualidade de vida como fator especificamente humano, por oposição à vida meramente biológica¹⁴. A morte, que se assume como conjunção de vários processos: o processo biológico do morrer, o processo humano de morrer, o

⁷ Beauchamp TL., *The philosophical basis of psychiatric ethics*. Em *Psychiatric Ethics*. Bloch S, Chodoff P., Green SA., Oxford University Press, Third edition, Oxford, 25-48, 1999 *apud* Rui Coelho e Sónia Ramos, *Aspectos éticos da saúde mental (parte I)*, Cadernos de bioética, Setembro 2005, XVI, n.º 38, p. 177.

⁸ Expressão utilizada por Guilherme de Oliveira, *O fim da «arte silenciosa»*, ob. cit., p. 97.

⁹ Rui Coelho e Sónia Ramos, *Aspectos éticos da saúde mental (parte I)*, ob. cit., p. 177.

¹⁰ Rui Coelho e Sónia Ramos, *idem*, ob. cit., p. 96.

¹¹ Guilherme de Oliveira, *O fim da «arte silenciosa»*, ob. cit., p. 91.

¹² Diego Gracia, *Fundamentos de Bioética*, Madrid, Eudema, 1989, p. 51 *apud* Guilherme de Oliveira, *idem*, ob. cit., p. 92.

¹³ Guilherme de Oliveira, *ibidem*, ob. cit., p. 93.

¹⁴ Luísa Neto, *Novos direitos ou novo(s) objecto(s) para o direito?*, Porto, U.Porto, 2010, p. 44.

momento da morte: aspeto clínico e legal, o processo biológico de corromper-se, o processo do luto¹⁵.

Mais tarde, com os movimentos renascentistas que se distinguiram pelo primado da individualidade começou a acentuar-se a necessidade de se considerar o paciente como centro de decisão respeitável¹⁶.

A partir do Iluminismo e em especial com o contributo de IMMANUEL KANT, dá-se a emancipação do indivíduo¹⁷ e os direitos humanos erguem-se em fundamento da democracia, o que, com o tempo, veio a transformar radicalmente a relação médico-doente. Foi, pois, preciso esperar pela afirmação do indivíduo como ser moral autónomo e pela definição de uma teoria dos direitos fundamentais para que a atitude social perante e por parte da classe médica mudasse.

O século XIX, por sua vez, destaca-se pelo conhecimento das doenças e a primeira metade do século XX ficaria marcada pela revolução antibiótica.

Então, eis que a voz do doente se começa gradualmente a fazer ouvir e surge (finalmente) a manifestação da sua vontade enquanto elemento preponderante e merecedor de respeito.

Contudo, há quem afirme que historicamente o médico e o doente mantiveram uma relação terapêutica similar à que se nos apresenta hoje, principalmente quando se tratava de intervenções cirúrgicas, uma vez que a inexistência de anestesia obrigava o médico a tentar obter a colaboração do paciente¹⁸. Seja como for, parece seguro afirmar que só muito recentemente se estabeleceu, por exemplo, a obrigação de obter um consentimento informado e prévio, como um modo de fazer valer um verdadeiro e próprio direito do paciente¹⁹.

Atualmente, e no geral, verifica-se uma diminuição da confiança total, outrora por vezes até cega, nas mãos dos médicos. Com efeito, duvida-se cada vez mais se o que o médico

¹⁵ Luísa Neto, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 804.

¹⁶ Guilherme de Oliveira, *O fim da «arte silenciosa»*, ob. cit., p. 99.

¹⁷ Ruth Faden/Tom Beauchamp, *A History and Theory of Informed Consent*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1986, p. 8 *apud* André Pereira, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 25.

¹⁸ Perfilha este entendimento P. Appelbaum; C. Lidz; M. Meisel, *Informed consent. Legal theory and clinical practice*. New York/Oxford, Oxford University Press, 1987, p. 36 *apud* Guilherme de Oliveira, *O fim da «arte silenciosa»*, ob. cit., p. 60.

¹⁹ Guilherme de Oliveira, *idem*, ob. e loc. cit.

pretende, segundo o seu critério técnico²⁰, é (ou não) o que cada paciente deseja para si próprio.

Um facto incontornável é o de que a atividade médica evoluiu e continua a evoluir a um ritmo cada vez mais acelerado, o que tem gerado um clima de desconfiança por parte dos pacientes. O fenómeno deve-se substancialmente ao desenvolvimento científico e tecnológico, ao aumento da esperança média de vida e consequente envelhecimento da população e à atomização da família nuclear²¹.

Ao longo das últimas décadas, o homem e a sociedade mudaram e também a relação médico-paciente sofreu uma extraordinária transformação, surgindo-nos horizontal e democratizada no momento presente²².

Numa sociedade pluralista, em que a tónica assenta na multiplicidade de valores e consequentemente de estilos de viver, torna-se cada vez mais urgente a previsão e a existência de mecanismos que possibilitem a efetivação dessa(s) escolha(s), para que desta forma se consiga dar primazia aos “interesses de cada ser humano”²³. Neste contexto, podemos afirmar que o marco axiológico fundamental ou o ponto de referência é a inexistência de uma visão única do bem comum e, até mesmo, do bem individual²⁴.

A par desta sintética viagem temporal que incidiu, sobretudo, na forma como a medicina tem sido exercida e encarada, devemos ainda analisar a atitude perante a morte, uma vez que, dependendo da visão que dela tenhamos variará inexoravelmente o nosso pensamento acerca do princípio da autonomia, designadamente, em dimensões como o seu real conteúdo e de que modo se poderá manifestar o seu exercício, v. g. através da figura do procurador de cuidados de saúde.

²⁰ Guilherme de Oliveira, *ibidem*, ob. cit., p. 96.

²¹ Helena Pereira de Melo, *As Directivas Antecipadas de Vontade*, p. 1 da versão atualizada do Relatório Parecer sobre as “Directivas Antecipadas de Vontade” emitido em 2006 pela Associação Portuguesa de Bioética, disponível em <http://www.apbioetica.org/>.

²² André Pereira, *O consentimento informado...*, ob. cit., p. 29.

²³ Na expressão do artigo 2.º da CDHB (1997).

²⁴ Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *Testamento Vital*, Coimbra, Almedina, Maio 2011, p. 17.

2. Noções Preliminares

2.1 Autonomia Prospetiva

Segundo WALTER OSSWALD, o problema central que se coloca é o da difícil conceptualização da autonomia²⁵.

Recorrendo aos ensinamentos de KANT, a autonomia é a independência da vontade relativamente a todo o desejo e a capacidade de a vontade se determinar em conformidade com a razão²⁶. Por autonomia pode ainda entender-se o facto de uma entidade se reger por uma lei própria, distinta de outras leis, mas não necessariamente incompatível com elas²⁷.

Estamos de acordo com HENRIQUE VILAÇA RAMOS quando este autor afirma a necessidade de reconhecer, com clareza e rigor, a diferente natureza das noções de “autonomia” e do já aludido “paternalismo”, pelo que a comparação é inadequada²⁸. Isto porque o respeito da autonomia aqui tratado constitui um dos princípios da bioética, mais concretamente do modelo principialista²⁹, enquanto o fenómeno designado comumente de paternalismo é uma forma de relação médico-paciente³⁰.

Contudo, sobre a alçada do princípio da autonomia podem existir vários modelos de relação médico-paciente que se opõem ao paternalismo, o que justifica a colocação do problema nestes termos – paternalismo *versus* autonomia – com o intuito de, assim, simplificar o problema.

Podemos agora distinguir, na esteira de BEAUCHAMP E CHILDRESS, duas formas de paternalismo, uma fraca e outra forte³¹. Na primeira forma, o médico, em nome dos princípios de não maleficência e de beneficência, não segue a opinião do doente por a sua capacidade de compreensão ou de decisão estar de algum modo debilitada. Já na segunda forma, o médico,

²⁵ Na obra anteriormente citada, Rui Nunes utiliza a expressão “consentimento prospetivo”, enquanto Helena Pereira de Melo parece optar pela expressão “autonomia prospetiva” em matéria de prestação de cuidados de saúde.

²⁶ Daniel Serrão, *Autonomia – um difícil conceito*, Revista Portuguesa de Bioética, Setembro 2009, n.º 8, p. 176.

²⁷ José Ferrater Mora, *Dicionário de Filosofia*, Publicações D. Quixote, 1982, entrada Autonomia *apud* Luísa Neto, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo...*, ob. cit., p. 223, nota 1.

²⁸ Henrique Vilaça Ramos, *O doente perante o seu fim: autonomia ou paternalismo?*, ob. cit., p. 17.

²⁹ Não obstante os autores Rui Coelho e Sónia Ramos utilizarem a expressão “principialista” preferimos utilizar a expressão “principialista” dado corresponder a melhor tradução para *principism* (que deriva do latim *principia*), vide Rui Coelho e Sónia Ramos, *Aspectos éticos da saúde mental (parte I)*, ob. cit., p. 174.

³⁰ Henrique Vilaça Ramos, *O doente perante o seu fim: autonomia ou paternalismo?*, ob. cit., p. 17.

³¹ Henrique Vilaça Ramos, *idem*, ob. cit., pp. 17 e 18.

exatamente em nome dos mesmos princípios, ultrapassa a opinião do doente apesar de a sua autonomia não estar de qualquer modo comprometida³².

Ora, o autor DANIEL SERRÃO faz ainda uma outra precisão, defende que a autonomia apresentada por aqueles autores americanos não é por eles considerada como sendo um princípio ético, mas sim uma qualidade dos seres humanos que lhes permite autogovernarem-se, decidirem por si próprios, enfim, fazerem as suas escolhas pessoais³³. Consequentemente, o princípio ético não é a autonomia, mas sim o respeito pela autonomia de cada pessoa concreta e em cada situação concreta³⁴.

Após estas breves observações julgamos pertinente fazer referência à Declaração de Helsínquia (1974) e ao Relatório Belmont (1978) que são considerados o prenúncio do principialismo dos já referidos autores BEAUCHAMP E CHILDRESS³⁵, ao lado do princípio da beneficência, do princípio da justiça e do princípio da não maleficência.

Impõe-se, desde já, afirmar também que a maioria dos autores tende a reconhecer que o respeito pela autonomia não é pleno, nem absoluto³⁶, encontrando-se sujeito a múltiplos limites: valores e bens jurídicos que merecem proteção sobre a proteção daquela³⁷. Estes limites podem ter um maior ou um menor alcance, sendo por isso necessário que cada caso seja ponderado à luz dos vários interesses em causa e sem submissão apriorística ao princípio de autonomia³⁸, com vista a este ser compatibilizado com os outros princípios – entre eles os já citados de não maleficência, de beneficência – e tendo em consideração o princípio da proporcionalidade, consagrado no artigo 18.º da CRP.

Com alguma facilidade se atribui ao predomínio do princípio da autonomia, pelo qual todo o profissional de saúde se deve pautar, a consequência de possibilitar a identificação do valor da vida com a autonomia, pelo que não teria valor a vida dos doentes sem autonomia, o que é frequente nos enfermos com doença incurável e avançada³⁹.

³² Henrique Vilaça Ramos, *ibidem*, ob. cit., p. 20.

³³ Daniel Serrão, *Autonomia – um difícil conceito*, ob. cit., p. 181.

³⁴ Daniel Serrão, *idem*, ob. e loc. cit.

³⁵ Filipe Almeida, *Bioética na Unidade de Cuidados intensivos. Autonomia Individual. Omissão versus Suspensão terapêutica*, Revista Portuguesa de Bioética, Dezembro 2007, XVIII, n.º 3, 306.

³⁶ Neste sentido veja-se Rui Coelho e Sónia Ramos, *Aspectos éticos da saúde mental (parte I)*, ob. cit., p. 175.

³⁷ João Vaz Rodrigues, *O consentimento informado para o acto médico no Ordenamento Jurídico Português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, 2001, Coimbra, Coimbra Editora, p. 19.

³⁸ Henrique Vilaça Ramos, *O doente perante o seu fim: autonomia ou paternalismo?*, ob. cit., p. 20.

³⁹ Rui Coelho e Sónia Ramos, *Aspectos éticos da saúde mental (parte I)*, ob. cit., p. 21.

No nosso entendimento, por decorrer da doutrina da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais⁴⁰ o princípio da autonomia deve ser respeitado e, apesar de não lhe reconhecemos uma superioridade hierárquica, não deverá ser tornado inócuo.

Cabe-nos agora declarar que a noção de autonomia que aqui nos interessa é habitualmente qualificada como preventiva, uma vez que as DAV's estabelecem (pelo menos) orientações a considerar num momento futuro e meramente eventual. Desenvolvendo esta ideia refira-se que no momento da sua redação estamos perante uma autonomia que se qualifica também de prospetiva⁴¹, na medida em que visa estabelecer instruções para o futuro, de modo a recortar parâmetros que devem ser observados se – e, sublinhe-se, só se –, se verificarem certas situações hipotéticas, mais ou menos prováveis⁴². Por seu turno, se o corte temporal observado for o do tempo da decisão, já depois de se verificar a incapacidade de consentir do paciente, falaremos antes de autonomia precedente.

Ora, tendo o profissional de saúde conhecimento que o paciente previamente assinou um testamento vital ou que designou um procurador de cuidados de saúde pode verdadeiramente respeitar a autonomia e, por inerência, a decisão dessa pessoa que se tornou inconsciente.

Ganha cada vez mais força a tese segundo a qual a vontade anteriormente expressa pelo paciente deve ser (pelo menos) tida em consideração e é mesmo o melhor referente para a decisão terapêutica⁴³.

Atualmente, uma das características mais profundas da mente humana reside na capacidade de interpretar o presente à luz do passado e de antecipar o futuro no presente⁴⁴ mas, parafraseando JOÃO VAZ RODRIGUES a autonomia não significa solidão⁴⁵. Assim, pretendemos realçar que a decisão do paciente não tem que ser formada, nem vista, de forma necessariamente isolada ou independente e *a priori* contrária à opinião de vários profissionais de saúde. Antes sim, deverá essa decisão ser fruto de uma escolha realizada de forma consciente, livre e esclarecida, através de uma ponderação séria e, sobretudo, com sentido de responsabilidade.

⁴⁰ Rui Coelho e Sónia Ramos, *idem*, ob. cit., p. 175.

⁴¹ Norman L. Cantor, *Advance directives and the pursuit of death with dignity*, Bloomington/Indianapolis, 1993, p. 23-32 *apud* João Loureiro, *Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito II – cuidado(s)*, Revista Portuguesa de Bioética, Abril/Maio 2008, XVIII, n.º 4, p. 66.

⁴² João Loureiro, *idem*, ob. e loc. cit.

⁴³ Beauchamp e Childress, *Principles of Medical Ethics*, p. 103 *apud* André Pereira *O consentimento informado...*, ob. cit., p. 240.

⁴⁴ Isabel Renaud, *Fragilidade e vulnerabilidade*, Cadernos de Bioética, Dezembro 2005, XVI, n.º 39, p. 407.

⁴⁵ João Vaz Rodrigues, *O consentimento informado para o acto médico...*, ob. cit., p. 18.

2.2 Qualidade de Vida: “Vida biológica” e “Vida biográfica”

A DUDH (1948) reclama no seu artigo 25.º, o direito à qualidade de vida referindo que “[t]oda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para a garantia da sua saúde e do seu bem-estar e da respetiva família ...”⁴⁶.

O termo *supra* referido foi pela primeira vez mencionado em 1920 por PIGOU⁴⁷, ao constatar que o bem-estar e a qualidade de vida das pessoas não eram indiferentes à ciência económica, mas na literatura médica propriamente dita surge mais tarde, na década de 30⁴⁸.

A OMS, por sua vez, definiu este termo como sendo a percepção que o indivíduo tem da sua posição na vida, no contexto da cultura e sistema de valores em que vive e em relação aos seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações.

É, pois, um conceito de grande abrangência, afetado de modo complexo pela saúde física da pessoa, o estado psicológico, o nível de independência, as relações sociais e a sua relação com as características mais salientes do seu ambiente⁴⁹.

Usualmente, a qualidade de vida tem uma conotação com a posse de determinados bens, o direito ao lazer e ao trabalho de que se gosta, à saúde, a um corpo em que cada um se reconheça com agrado⁵⁰ e nas palavras de AURELIA COLOMA: “[l]a persona que tiene una buena calidad de vida, goza de salud o, al contrario, una persona con salud será probable que tenga una buena calidad de vida.”⁵¹.

Assim, note-se que a noção de qualidade de vida não tem sido igual ao longo dos tempos e, mesmo hoje, varia conforme os locais e as condições económicas e sociais que nos rodeiam⁵², sendo essa divergência ainda maior nas situações-limite do corpo, tais como são a doença e a morte.

⁴⁶ Amélia da Conceição Rego da Silva e Sílvia Patrícia Fernandes Coelho, *Ponderação sobre a qualidade de vida e a liceidade moral para deixar morrer*. Revista Portuguesa de Bioética, Dezembro 2002, XIX, n.º 13, p. 77.

⁴⁷ A. Pigou, *The Economics of Welfare* (1.ª ed.: 1920), London, McMillan, 1932 *apud* Amélia da Conceição Rego da Silva e Sílvia Patrícia Fernandes Coelho, *idem*, ob. e loc. cit.

⁴⁸ E. Seidl, C. Zannon, *Qualidade de vida e saúde: aspetos conceituais e metodológicos*, Caderno de Saúde Pública; 20(2): 580-88 *apud* Amélia da Conceição Rego da Silva e Sílvia Patrícia Fernandes Coelho, *ibidem*, ob. e loc. cit.

⁴⁹ Whoqol Group Famed, 1998 *apud* Amélia da Conceição Rego da Silva e Sílvia Patrícia Fernandes Coelho, *idem*, ob. cit., p. 78.

⁵⁰ Jorge Biscaia, *Qualidade de vida em situações limite do corpo*, Cadernos de Bioética, Dezembro 2002, XII, n.º 30, p. 103.

⁵¹ Aurelia Coloma, *La Medicina ante los derechos del Paciente*, Editorial Montecorvo S.A., 2002, p. 178.

⁵² Jorge Biscaia, *Qualidade de vida em situações limite do corpo*, ob. cit., p. 103.

Portanto, e seguindo este entendimento, não se pode definir de modo objetivo e absoluto a noção de qualidade de vida e, em simultâneo, deverá sempre ser o paciente a determinar a sua qualidade de vida e não o médico ou um familiar⁵³.

O conceito de qualidade de vida é – como se pode observar pelos comentários que se teceram – uma construção complexa e de natureza abrangente que está associado àquilo que o indivíduo sente e percebe⁵⁴, assumindo diferentes significados de acordo com as perspetivas individuais, o que pode explicar que diferentes pessoas que sofrem de idêntica ou da mesma doença percecionem níveis diferentes de qualidade de vida⁵⁵ e, desse modo, vivam essa qualidade de maneira diversa.

Em relação à noção de “vida” não poder ser exclusivamente sobreponível à vida biológica, diremos somente que esta é sempre um bem limitado no tempo, e a qualidade desse tempo é mais importante do que a sua duração⁵⁶. Com efeito, entendemos que o que constitui a qualidade de vida, não é antes de mais nada a sua finitude, nem a sua longevidade, mas essencialmente o conteúdo de valor e de valores aos quais ela consegue dedicar-se⁵⁷.

Assim, adotamos e pretendemos reforçar que a noção de “qualidade de vida” é usada no contexto da saúde associada a um bem-estar subjetivo⁵⁸.

2.3 O ato médico: a vinculação do médico às *leges artis*

Iniciando a abordagem desta matéria refira-se, antes de mais, que a regulamentação do ato médico foi objeto de lei aprovada em 1999, no entanto, vetada pelo então Presidente da República Jorge Sampaio.

Na esteira de JOÃO LOUREIRO, não se deve esperar da lei a resolução de conflitos como o de definir ato médico e as noções deste tipo devem ser pensadas como atos reservados aos

⁵³ Mercado, 2001:135 *apud* António M. Fonseca, *O envelhecimento: algumas questões de bioética*, Cadernos de Bioética, Abril 2006, XVII, n.º 40, p. 114; no mesmo sentido veja-se José de Faria Costa, *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, org. Manuel da Costa Andrade [e tal.], *O fim da vida e o Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 773 e 774.

⁵⁴ Amélia da Conceição Rego da Silva e Sílvia Patrícia Fernandes Coelho, *Ponderação sobre a qualidade de vida e a liceidade moral para deixar morrer*, ob. cit., p. 78.

⁵⁵ A. Fleck & Colaboradores, *A Avaliação de Qualidade de Vida: Guia para Profissionais da Saúde*, 1.ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2008, p. 28 *apud* Amélia da Conceição Rego da Silva e Sílvia Patrícia Fernandes Coelho, *idem*, ob. e loc. cit.

⁵⁶ Jorge Biscaia, *Qualidade de vida em situações limite do corpo*, ob. cit., p. 106.

⁵⁷ Isabel Renaud, *A qualidade de vida – merece toda a vida ser vivida?*, Revista Portuguesa de Bioética, Maio 2009, XIX, n.º 7, p. 91.

⁵⁸ Amélia da Conceição Rego da Silva e Sílvia Patrícia Fernandes Coelho, *Ponderação sobre a qualidade de vida e a liceidade moral para deixar morrer*, ob. cit., p. 79.

médicos, com impacto na delimitação de fronteiras, nomeadamente ao nível das várias profissões da saúde⁵⁹. O mesmo autor alerta ainda que os atos reservados aos médicos não significam, por si só, atos de medicina⁶⁰. Assim, por um lado, o ato médico em sentido amplo não se reduz apenas à intervenção terapêutica e curativa⁶¹ e por outro, seja qual for a estrutura jurídica em que se desenvolva a prática do ato médico está reconhecida no nosso sistema jurídico uma garantia de defesa da personalidade dos doentes⁶². Pode, então, entender-se por ato médico a atuação do médico na esfera físico-psíquica do paciente com o sentido de proporcionar saúde em benefício próprio, em benefício alheio ou em benefício geral⁶³.

No que respeita à noção de *leges artis*, VAZ RODRIGUES – no seguimento de COSTA ANDRADE – entende que a expressão “...está reservada para aquelas regras específicas da medicina, como corpo científico que habilita a prática da arte de curar as pessoas, isto é, sem preencher o terreno que se segue imediatamente, privativo da autodeterminação.”⁶⁴.

Contudo, entendemos que se deverá discernir uma noção de *leges artis* em sentido estrito que equivale ao conceito do artigo 150.º do CP, da noção de *leges artis* em sentido amplo que abrange outros deveres do médico e que em última análise contribuem para o bom tratamento do paciente⁶⁵, nomeadamente o respeito pela autonomia individual.

Nenhuma outra expressão poderia servir melhor para a nossa conclusão do que a de GUILHERME DE OLIVEIRA quando este autor afirma que “...tratar bem não é apenas atuar segundo as regras técnicas da profissão mas também considerar o doente como um centro de decisão respeitável.”⁶⁶.

⁵⁹ João Loureiro, *Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito – cuidado(s)*, Revista Portuguesa de Bioética, Dezembro 2007, XVIII, n.º 3, p. 279.

⁶⁰ João Loureiro, *idem*, ob. cit., e loc. cit.

⁶¹ André Pereira, *O consentimento informado...*, ob. cit., p. 20, nota 9.

⁶² Guilherme de Oliveira, *O fim da «arte silenciosa»*, ob. cit., p. 65.

⁶³ João Vaz Rodrigues, *O consentimento informado para o acto médico...*, ob. cit., p. 24.

⁶⁴ João Vaz Rodrigues, *idem*, ob. cit., p. 71 e ainda Manuel Leal-Henriques e Manuel Simas Santos, *Código Penal Anotado*, 2.º vol. anot. ao art. 150.º, 1996, p. 172 *apud* João Vaz Rodrigues, *idem*, ob. cit., pp. 23 e 24.

⁶⁵ Neste seguimento veja-se André Pereira, *O consentimento informado...*, ob. cit., p. 71.

⁶⁶ Guilherme de Oliveira, *O fim da “arte silenciosa”*, ob. cit., p. 99.

3. Diretiva Antecipada de Vontade ou Testamento Vital?

No presente quadro marcado pela crescente ênfase na autodeterminação, criou-se espaço para o desenvolvimento de diretivas, disposições⁶⁷ ou diretrizes⁶⁸, antecipadas ou prévias⁶⁹, em matéria de tratamento médico⁷⁰.

Na esteira de YVON KENIS, consideramos que as DAV's são “instruções que uma pessoa dá antecipadamente, relativas aos tratamentos que deseja ou (mais frequentemente) que recusa receber no fim da vida, para o caso de se tornar incapaz de exprimir as suas vontades ou de tomar decisões por e para si própria.”⁷¹

Estas diretivas podem revestir duas formas: a de testamento de paciente⁷² e a de nomeação de procurador de cuidados de saúde. A primeira das formas aludidas é também designada de “testamento vital”⁷³, “testamento de vida”⁷⁴ (*living will*), “testamento em vida”, “cláusulas testamentárias sobre a vida”, “testamento biológico”⁷⁵ ou de “moribundo”⁷⁶. A expressão “*living will*” parece ter sido utilizada pela primeira vez em 1969 por LUIS

⁶⁷ A par do termo disposição, Manuel Silvério Marques [*Laços sem-fim e os desafios da medicina*, Acta Médica Portuguesa 18, 2005, p. 353-370] utiliza a expressão decisão antecipada (p. 356). Também recorrendo à forma disposições antecipadas, Anselmo Borges, *A dignidade da pessoa no ocaso da vida: antropologia do processo de morrer: a eutanásia*, in: *Corpo e transcendência*, Porto, 2003, p. 153-182, p. 170 apud João Loureiro, *Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito II – cuidado(s)*, ob. cit., p. 65.

⁶⁸ Paulo Otero, *Direito da Vida: Relatório sobre o Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 181.

⁶⁹ Veja-se Manuel Silvério Marques, *Dar com uma mão, tirar com a outra... da sensibilidade e da insensibilidade em medicina*, in: Maria José Cantista (Coord.), *A dor e o sofrimento: abordagens*, Porto, 2001, p. 417-448 apud João Loureiro, *Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito II – cuidado(s)*, ob. cit., p. 65.

⁷⁰ João Loureiro, *idem*, ob. e loc. cit.

⁷¹ Veja-se Yvon Kenis, *Directivas Antecipadas* in Nova Enciclopédia da Bioética, 2003, (coord.: Gilbert Hottois e Jean-Noël Missa), trad. Do original francês de 2001 por Maria carvalho, Lisboa: Instituto Piaget, p. 235; Herman NYS, *Emerging Legislation in Europe on the Legal Status of Advance Directives and Medical Decision-making with Respect to Incompetent Patient (“Living-wills”)*, 1997, European Journal of Health Law, vol.4, Junho de 1997, p. 179 e ss., e Alister Browne, e Bill Sullivan, *Advance Directives in Canada*, 2006, Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics, vol. 15, n.º 3, pp. 256 e ss. apud Helena Pereira de Melo, *As Directivas Antecipadas de Vontade...*, ob. cit., p. 1.

⁷² André Pereira, *O consentimento informado...*, ob. cit., p. 240.

⁷³ Rui Nunes, *Dimensão ética da abordagem do doente terminal*, Cadernos de Bioética, 1993/5, p. 13-48, p. 27 apud João Loureiro, *Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito II – cuidado(s)*, ob. cit., p. 65.

⁷⁴ Mário Raposo, *Testamento de vida*, in Luís Archer, [et al.], *Novos desafios à bioética*, Porto, 2001, pp. 258 e 259; já antes sobre esta questão, com a epígrafe testamento vital *Eutanásia: alguns problemas envolvidos*, *broteria* 150 (2000/2), p. 267-278. O autor utiliza também a expressão “testamento biológico” apud João Loureiro, *Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito II – cuidado(s)*, ob. cit., p. 65.

⁷⁵ Neste sentido, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada: artigos 1.º a 107.º*, vol. I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, 2007, p. 450; José de Faria Costa, *O fim da vida*, ob. cit., p. 792 e Luísa Neto, *O direito fundamental à disposição...*, ob. cit., p. 791.

⁷⁶ Fernando Pinto Bronze, *A metodonologia entre a semelhança e a diferença (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, pp. 203 e 204 apud João Loureiro, *Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito II – cuidado(s)*, ob. cit., p. 66.

KUTNER⁷⁷ e consiste num “documento escrito no qual uma pessoa consigna as suas vontades quanto aos cuidados médicos que pretende ou não receber se perder a capacidade de se exprimir ou se se encontrar em estado de já não ser capaz de tomar ela própria uma decisão.”⁷⁸. Portanto, atente-se que as disposições que se encontram nele inseridas são apenas de carácter não patrimonial, podendo ser dadas instruções à equipa médica prevendo clara e explicitamente, por exemplo, que não se prolongue inutilmente e de maneira artificial a sua vida mediante o emprego de técnicas de suporte vital, tais como ventilação mecânica, diálises, reanimação cardíaca, fluidos intravenosos, fármacos ou alimentação artificial⁷⁹. A natureza da nutrição e hidratação artificiais é controversa e tem sido alvo de discussão na doutrina, pois enquanto para uns são tidas como consistindo em atos ordinários, para outros devem pertencer ao elenco dos atos extraordinários. Sobre esta divergência doutrinal partilhamos a visão crítica de NUNO FERREIRA quando refere que nas sociedades materialmente abastadas qualquer meio de suporte de vida é tido como ordinário⁸⁰.

Ora, o testamento vital à semelhança do testamento previsto no artigo 2179.º do CC⁸¹ é um ato pessoal, unilateral e revogável pelo qual a pessoa expressa claramente a(s) sua(s) vontade(s). Contudo, e aqui reside tanto a sua peculiaridade como o motivo desta denominação ser muitas vezes alvo de críticas, as disposições que se encontram inseridas no dito testamento destinam-se a tornar-se válidas no período anterior à morte do testador⁸². Esta designação é ainda criticada por causa da utilização do termo “vital” poder induzir num erro conceptual, dando a entender que estão sempre em causa decisões entre a vida e a morte.

Quanto à outra forma que estas diretivas podem assumir, a nomeação de um procurador de cuidados de saúde – que recebe nos EUA a designação de “*health - care proxies*”⁸³ –, é feita através de um documento que atribui determinados poderes a um “procurador” para

⁷⁷ Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *Testamento Vital*, ob. cit., p. 114.

⁷⁸ Yvon Kenis, *Directivas Antecipadas* in Nova Enciclopédia da Bioética, 2003, p. 621 *apud* Helena Pereira de Melo, *As Directivas Antecipadas de Vontade...*, ob. cit., p. 1.

⁷⁹ Josefa Cantero Martínez, *La autonomía del Paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2005, p. 68.

⁸⁰ Nuno Ferreira, *A eutanásia: entre o debate jurídico e a evolução da opinião pública*. Separata de *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 139.

⁸¹ Helena Pereira de Melo, *As Directivas Antecipadas de Vontade...*, ob. cit., p. 2.

⁸² Helena Pereira de Melo, *idem*, p. 2, nota 6 e *Zwischenbericht der Enquetekommission Ethik und Recht der Modernen Medizin: Patientenverfügungen*, 13/09/2004 (disponível em http://www.bundestag.de/interakt/informat/schriftenreihen/sachePatienten_artikel.html) *apud* João Loureiro, *Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito II – cuidado(s)*, ob. cit., p. 66.

⁸³ Paula Martinho da Silva, *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina - anotada*, Lisboa, Edições Cosmos, 1997, p. 47 *apud* João Vaz Rodrigues, *O consentimento informado para o acto médico...*, ob. cit., p. 370.

tomar decisões em matéria de cuidados de saúde e/ou para interpretar o testamento vital, o que deverá ser feito sempre em nome da pessoa que o nomeia, quando esta já não estiver em condições de expressar a sua vontade, por estar incapaz ou inconsciente. Assim, verificamos que esta nomeação poderá, e até mesmo deverá, encontrar-se associada à elaboração de um testamento vital⁸⁴, questão que se retomará *infra*.

II. A SUSCETIBILIDADE DO EXERCÍCIO DELEGADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: EM ESPECIAL A FIGURA DO PROCURADOR DE CUIDADOS DE SAÚDE

Uma das críticas comumente apontadas para negar a possibilidade de exercício delegado de direitos fundamentais e que não podemos negligenciar ou ignorar tem a sua razão de ser nos elementos essenciais tradicionalmente reconhecidos a estes direitos.

Assim, para melhor conseguirmos concretizar a abordagem do presente tema interessa – e podemos mesmo considerar indispensável – analisar previamente este problema, em especial as conhecidas características de permanência, de pessoalidade e de indisponibilidade dos direitos fundamentais. Mostra-se conveniente, então, referir que estes direitos são situações jurídicas que se identificam como sendo: permanentes, isto é, não podem ser e deixar de ser, apenas se extinguindo pela morte do respetivo titular ou por uma decisão de valor constituinte que suprima esse direito; pessoais, pois estão estritamente ligados à pessoa, à sua vida e personalidade, sendo delas inseparáveis; e indisponíveis, uma vez que o carácter inalienável do direito vincula não só o Estado, como o próprio titular⁸⁵. Os direitos fundamentais, direitos constitucionalmente estabelecidos e definidores da posição básica das pessoas frente ao poder público são, assim, considerados indisponíveis e irrenunciáveis. Em regra, uma pessoa não pode, por qualquer forma, ceder ou abdicar da sua titularidade – a este propósito trataremos do instituto jurídico da procuração⁸⁶. Todavia, mediante certas circunstâncias existem

⁸⁴ Yvon Kenis, *Procuração com Poderes em Matéria de Saúde* in Nova Enciclopédia da Bioética, 2003, (coord.: Gilbert Hottois e Jean-Noël Missa), trad. do original francês de 2001 por Maria Carvalho, Lisboa: Instituto Piaget, p. 542, e Hans-Georg Koch, Erwin Bernat e Alain Meisel, 1997, *Self-Determination, Privacy, and the Right to Die. A Comparative Law Analysis (Germany, United States of America, Japan)*, European Journal of Law, vol. 4, Junho de 1997, p. 137 e ss *apud* Helena Pereira de Melo, *As Directivas Antecipadas de Vontade...*, ob. cit., p. 2.

⁸⁵ Veja-se José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, Estoril, Principia Editora, 2007, 2.^a ed., p. 24.

⁸⁶ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 426.

algumas situações em que os seus titulares podem, por sua livre vontade, restringir ou suspender o exercício de alguns desses direitos⁸⁷. A disponibilidade dos direitos fundamentais é, pois, um poder que decorre do seu titular na medida em que cada um desses direitos é a expressão (do) e concorre para o livre desenvolvimento da sua personalidade⁸⁸. Com efeito, a medida concreta da disponibilidade não é pré-determinável em termos absolutos, dependendo não apenas da natureza do bem tutelado, como das circunstâncias do caso concreto e do peso relativo das razões e interesses em conflito⁸⁹. Tenha-se em consideração que não devem ser admitidas situações que afetem a dignidade da pessoa humana, nem que ofendam bens que, sendo pessoais, são simultaneamente ou estão intimamente associados a valores comunitários⁹⁰. Na verdade, não é despidendo lembrar que os preceitos relativos a direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da ação estadual⁹¹.

Neste capítulo delimitaremos ainda outras figuras (como por exemplo, a eutanásia e a distanásia) que normalmente se confundem quando se debate a atual questão das DAV's. Esta distinção pode afigurar-se um pouco exaustiva, dado que com a mesma pretendemos definir e caracterizar cada uma das figuras e, desta forma, traçar fronteiras o mais depuradas possíveis, com o principal objetivo de, posteriormente, nos centrarmos com rigor no nosso tema principal.

1. *Quadris mentis conceptual*

1.1 Direitos fundamentais e princípios gerais envolvidos

A CRP consagra no n.º 1 do seu artigo 16.º a chamada cláusula aberta de direitos fundamentais e, de algum modo, essa abertura há-de refletir um regime privilegiado de proteção dessa categoria de direitos⁹².

⁸⁷ Jorge Miranda, *idem*, ob. e loc. cit.

⁸⁸ Jorge Reis Novais, *Renúncia a direitos fundamentais*, Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição de 1976, org. Jorge Miranda, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, vol. I, p. 305.

⁸⁹ Jorge Reis Novais, *idem*, ob. cit., p. 322.

⁹⁰ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 307.

⁹¹ José Carlos Vieira de Andrade, *idem*, ob. cit., p. 309.

⁹² Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 48.

No que toca à ideia da multifuncionalidade ou pluridimensionalidade dos direitos fundamentais faça-se uma breve alusão, afirmando que estes não se esgotam na sua dimensão subjetiva, comportando igualmente uma dimensão objetiva, enquanto princípios axiológicos de ordenação da vida social no quadro de um Estado de Direito⁹³. De facto, esta sua dimensão objetiva deve constituir uma forma de reforçar a garantia dos direitos fundamentais – e, em particular, a sua vertente subjetiva –, fazendo impender sobre o legislador deveres específicos de atuação e de proteção⁹⁴.

De seguida, a nossa atenção será dedicada aos principais *indirizzos* de regulação envolvidos na regulamentação da figura do procurador de cuidados de saúde:

i) O princípio da dignidade da pessoa humana

Reconhecido no artigo 1.º e reafirmado no n.º 2 do artigo 26.º, ambos da CRP, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o valor supremo do ordenamento jurídico português⁹⁵. O princípio da dignidade é um princípio jurídico fundamental na medida em que é historicamente objetivado e progressivamente introduzido na consciência jurídica, encontrando uma receção expressa no nosso texto constitucional⁹⁶. Ora, a recusa de obediência a uma injustiça atentatória da dignidade da pessoa humana é um direito fundamental de cada pessoa e, simultaneamente, um imperativo a que todos somos chamados, enquanto membros de uma sociedade que se pretende mais justa e solidária⁹⁷.

Uma outra ideia que não pode deixar de se projetar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana é a de que a dignidade de cada pessoa nunca pode deixar de tomar em consideração que ela vive em sociedade, tanto mais que a respetiva dignidade como pessoa pressupõe sempre a sua própria vivência ou convivência social⁹⁸. Todavia, é igualmente relevante atender que se o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo, de

⁹³ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 507.

⁹⁴ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *idem*, ob. e loc. cit.

⁹⁵ Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2007, p. 561.

⁹⁶ Benedita Mac Crorie, *O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, in Estudos em comemoração do 10.º aniversário da licenciatura em direito da Universidade do Minho, coord. de António Cândido de Oliveira, Coimbra, Almedina, 2004, p. 151-174.

⁹⁷ Paulo Otero, *Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana*, Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, [org.] Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, [ed. lit.] António Menezes Cordeiro; Pedro Pais Vasconcelos e Paula Costa e Silva vol.I, Coimbra, Almedina, 2008, p. 129.

⁹⁸ Paulo Otero, *idem*, ob. cit., p. 136.

uma classe, o que ele é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária ou social⁹⁹.

Relativamente à noção de pessoa humana advirta-se, desde logo, que esta é extremamente ambígua, uma vez que tanto se refere à condição existencial de qualquer homem como a uma potência carecida de atualização. A ambiguidade é resolúvel se considerarmos pessoa um conceito normativo: cada homem é uma pessoa e deve ser tratado como tal, mesmo que não se encontre em condições de atualizar todas as potencialidades supostas pelo conceito – neste caso o único problema é saber quando estamos perante um ser humano¹⁰⁰. Neste sentido, ser pessoa é uma possibilidade sempre aberta a qualquer indivíduo¹⁰¹, mas com alguns riscos de concreta realização¹⁰².

Ora, a dignidade da pessoa é a de todo o ser humano individual e concreto, não a de uma humanidade universal e abstrata ou do homem como parcela de qualquer agrupamento social¹⁰³. Cada pessoa, só pelo facto de o ser, é merecedora do máximo respeito e proteção sociais, devendo a sua dignidade ser afirmada em todas as circunstâncias e fases da existência humana (sobretudo em contextos que tornam evidente a fragilidade da condição humana, em qualquer posição social em que se encontre a pessoa e independentemente da organização política a que está sujeita)¹⁰⁴.

Na verdade, a dignidade da pessoa consiste num critério de ordenação das relações humanas, sendo um critério em larga medida indeterminado que necessita de um indispensável juízo de concretização a formular casuisticamente. O conteúdo e o alcance deste critério são, pois, tratados e valorados de forma diversa, dependendo das diferentes tradições. Quanto ao seu carácter, a dignidade da pessoa humana pode ser apreendida como valor, como

⁹⁹ Castanheira Neves, *A Revolução e o Direito*, Lisboa, 1976, p. 207 *apud* J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada: artigos 1.º a 107.º*, ob. cit., p. 339.

¹⁰⁰ Ao contrário, se consideramos pessoa como um conceito descritivo, teremos o problema de saber se, por exemplo, os embriões ou os doentes mentais profundos podem ser considerados pessoas. Constate-se que o autor Vasco Duarte de Almeida – *Sobre o valor da dignidade da pessoa humana*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 626, nota 8 – indica vários argumentos em sentido positivo.

¹⁰¹ Na própria noção de pessoa humana distinguem-se três dimensões: a corporal, em torno do corpo vivo; a individual, do sujeito idêntico a si mesmo e a comunicativa, do sujeito aberto ao que está fora de si, *vide* Vasco Duarte de Almeida, *idem*, ob. cit., p. 626, nota 9.

¹⁰² Muitas vezes as pessoas que participam em atividades comuns preferem cingir-se à prossecução de interesses meramente individuais, cedendo o seu esforço apenas na medida em que daí possa resultar, de forma imediata, alguma maximização na satisfação dos seus interesses, *vide* Vasco Duarte de Almeida, *ibidem*, ob. cit., p. 627.

¹⁰³ Vasco Duarte de Almeida, *ibidem*, ob. cit., p. 631.

¹⁰⁴ Vasco Duarte de Almeida, *ibidem*, ob. cit., p. 632.

princípio e como regra¹⁰⁵. Destarte, como valor caracteriza-se por ter um caráter absoluto¹⁰⁶, intangível e incondicionado (desde que se preserve a inerente função simbólica e se renuncie à fixação do conteúdo); como princípio é relativizável, uma vez que a respetiva norma tem de conviver com os efeitos de outras normas de garantia¹⁰⁷; por último, como regra dá a aparência de absoluto, ao resolver sem apelo certos casos-limite.

Certo é que o princípio da dignidade da pessoa humana se apresenta sempre como nó górdio¹⁰⁸, não obstante o aviso de FRANCIS FUKUYAMA¹⁰⁹, de que "Falar de dignidade, sem mais, costuma ser simplesmente uma forma fácil de doirar discursos ..."¹¹⁰.

ii) O princípio da igualdade

Aproveitando este ensejo mencione-se que o princípio da igualdade, proclamado no artigo 13.º da Lei Fundamental, convém aqui examinar quanto à sua dimensão que se apresenta como forma de compensar as desigualdades de oportunidades¹¹¹, o que pressupõe a eliminação (pelos poderes públicos) de desigualdades fáticas de natureza social, económica e cultural¹¹². Este princípio representa um papel de elevada importância para o assunto que desejamos aprofundar, mais concretamente, no que toca à problemática de hoje em dia ser já reconhecido às pessoas maiores que se encontrem capazes e conscientes, a faculdade de recusar tratamentos médicos. Portanto, é urgente questionar, quando as pessoas se tornam

¹⁰⁵ José de Melo Alexandrino, *Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções*, Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, [org.] Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, [ed. lit.] António Menezes Cordeiro; Pedro Pais Vasconcelos e Paula Costa e Silva, vol. I, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 510 e 511.

¹⁰⁶ Assim também, José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, ob. cit., p. 106.

¹⁰⁷ Quanto ao fundamento da restringibilidade, em geral, José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, ob. cit., p. 478.

¹⁰⁸ Veja-se Nuno Oliveira, *O princípio da dignidade da pessoa humana*, *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 8, n.º 15, Janeiro/Junho 2011, texto no qual o autor aponta várias críticas a este princípio e questiona até se não seria preferível abandoná-lo.

¹⁰⁹ *The end of history and the last man*, trad. portuguesa de Maria Goes, *O fim da história e o último homem*, Gradiva, Lisboa, 1992, pp. 288 *apud* Luísa Neto, *Cinco considerações sobre a legitimidade de intervenção do Direito na relação do sujeito consigo mesmo: a revisão do conceito de 'ordem pública'?*, Comunicação apresentada ao IV Encontro de Professores de Direito Público, *Scientia Iuridica*, Maio/Agosto 2011, Tomo LX, n.º 326, pp. 331 e 332.

¹¹⁰ Paulo Ferreira da Cunha, *Amor Iuris, Filosofia Contemporânea do Direito e a Política*, Scire Legis - Edições Cosmos, Livraria Arco Íris, 1995, pp. 40 e 31, 44 e 45 *apud* Luísa Neto, *Cinco considerações sobre a legitimidade de intervenção do Direito...*, *idem*, ob. cit., p. 332.

¹¹¹ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 224.

¹¹² J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada: artigos 1.º a 107.º*, ob. cit., p. 339. Refira-se ainda, a este propósito, a alínea d) do artigo 9.º da CRP que prevê como tarefa fundamental do Estado “*Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses ...*”.

incapazes e inconscientes devem (ou não) poder fazer valer os mesmos direitos que possuíam antes de se encontrarem nessa situação de incapacidade e de inconsciência? Aproveitamos a ocasião para parafrasear AURELIA COLOMA: “Ningún paciente tiene por qué perder sus derechos fundamentales cuando está ingresado.”¹¹³.

Note-se que há uma outra questão constantemente analisada quando se fala de pessoas que desejam suicidar-se, mas não têm condições físicas para o fazer, tal como o conhecido e polémico caso do espanhol Ramón Sampedro. Nesta perspetiva o suicídio assistido – a definir adiante – aparece também como forma de garantir o princípio da igualdade em relação a quem esteja incapacitado fisicamente para, por si próprio, utilizar a genérica permissão do suicídio¹¹⁴.

iii) O direito à vida

É o primeiro dos direitos fundamentais constitucionalmente enunciados, um direito prioritário, pois é normalmente tido como condição de todos os outros direitos fundamentais¹¹⁵. Constitui um dos direitos de personalidade¹¹⁶ que se caracterizam como sendo gerais, absolutos, inalienáveis e irrenunciáveis¹¹⁷. Porém, o direito à vida, reconhecido no artigo 24.º da CRP, não beneficia de uma superioridade hierárquica, uma vez que o Direito Constitucional não prevê, nem valora hierarquicamente os bens e/ou os valores jurídicos, ao contrário do que sucede no Direito Penal¹¹⁸. Assim, a inexistência de uma hierarquia entre os direitos constitucionalmente consagrados¹¹⁹ impede de atribuir, sem mais, prevalência automática ao respeito pelo direito à vida, ou ao sobejamente conhecido princípio *in dubio*

¹¹³ Aurelia Coloma, *La Medicina ante los derechos del Paciente*, ob. cit., p. 182.

¹¹⁴ Luísa Neto, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo...*, ob. cit., p. 799.

¹¹⁵ J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada: artigos 1.º a 107.º*, ob. cit., p. 446.

¹¹⁶ Veja-se Luísa Neto, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo...*, ob. cit., p. 126, afirmando a autora que os direitos de personalidade relevam no direito civil e regulam tendencialmente relações de igualdade, enquanto que os direitos fundamentais relevam do direito constitucional e pressupõem relações de poder.

¹¹⁷ António Brito e José Rijo, *Estudo jurídico da eutanásia em Portugal: direito sobre a vida ou direito de viver?*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 38.

¹¹⁸ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 502.

¹¹⁹ Em entendimento contrário veja-se António Brito e José Rijo, *Estudo jurídico da eutanásia em Portugal...*, ob. cit., p. 101 e também Gomes Canotilho pois que nas suas palavras “O problema da ordem de valores não é um apenas um problema de identificação de valores. É também um problema de ordenação, de estabelecimento de uma ordem hierárquica de valores (...), in Gomes Canotilho, *Direito Constitucional de Conflitos e Protecção de Direitos Fundamentais*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 125, Coimbra, Coimbra Editora, 1992-1993, n.ºs 3814-3825, p. 294.

pro vitae, resultando no sacrifício total do conteúdo de outros direitos¹²⁰. Esta consideração há-de ainda alicerçar-se na dupla dimensão do direito de que vimos falando: uma negativa e outra positiva. Ora, a primeira dimensão pretende, desde logo, acentuar o direito a não ser privado da vida, isto é, o direito a não ser morto¹²¹. Em relação à segunda dimensão, ou seja, ao conteúdo positivo que este direito assume, facilmente se pode traduzir no direito a dispor das condições mínimas de subsistência¹²².

Tecendo agora algumas considerações quanto ao bem jurídico protegido pelo preceito legal citado, observe-se que é a vida e, em regra, considera-se indisponível para terceiros. Com efeito, parece não existir um direito ou um dever de matar jurídico-constitucionalmente reconhecido¹²³. Mas, e de certo modo, acreditamos que o bem vida é disponível para o próprio titular, situando-se o suicídio livre e consciente num espaço vazio de direito, pelo que não configura um ato ilícito¹²⁴. No entanto, a autora MANUELA VALADÃO E SILVEIRA salienta que “...a circunstância de o suicídio não ser um acto ilícito está muito longe de permitir concluir que se traduza num direito...”, constituindo apenas uma “tolerância” da ordem jurídica¹²⁵. Contudo, no caso de existirem intervenções alheias que contribuam para a sua promoção estaremos já perante o crime de incitamento ou ajuda ao suicídio, previsto e punido nos termos do artigo 135.º do CP, pelo que o direito à vida não abrange no seu conteúdo o direito a exigir a provocação da morte por parte de outrem¹²⁶.

Em relação a uma outra questão indispensável, a de saber se este direito implica um pretenso dever (constitucional) de viver¹²⁷, tende a doutrina a responder negativamente. No

¹²⁰ Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *Testamento Vital*, ob. cit., p. 181.

¹²¹ J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada: artigos 1.º a 107.º*, ob. cit., p. 447.

¹²² J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *idem*, ob. cit., p. 451.

¹²³ Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *Testamento Vital*, ob. cit., p. 179.

¹²⁴ Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *idem*, ob. e loc. cit.

¹²⁵ Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *ibidem*, ob. cit., p. 180.

¹²⁶ Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *ibidem*, ob. e loc. cit.

¹²⁷ Neste sentido veja-se Aurelia Coloma, *La Medicina ante los derechos del Paciente*, ob. cit., p. 170. Paralelamente a este suposto dever de viver encontramos também o suposto dever de morrer, em face do alargamento da esperança de vida e dos custos de saúde que acarreta. Pensa-se que a expressão terá sido usada, em 1984, pelo Governador do Colorado, Richard Lamm. Cfr. Peter McCullagh, *Conscious in a vegetative state – a critique of the PVS concept*, Dordrecht, 2005, p. 24 *apud* João Carlos Loureiro, *Bios, tempo(s) e mundo(s): algumas reflexões sobre valores, interesses e riscos no campo biomédico*, in *As novas questões em torno da vida e da morte em Direito Penal: uma perspectiva integrada*, org. José de Faria Costa e Inês Fernandes Godinho, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal e Coimbra Editora, 2010, p. 223, nota 121.

entanto, abstêm-se de daí retirarem todas as consequências. Portanto, considera-se, no geral, que é impossível transformar os direitos fundamentais em deveres para os seus titulares¹²⁸.

Esclarecemos ainda nesta sede que, no nosso entender, é claramente contraditório permitir aos pacientes o direito de recusar certos tratamentos e não lhes ser permitido o direito de morrer suavemente e com dignidade¹²⁹.

Para alguns, o direito de escolher o momento e a forma de morte não conflitua sequer, verdadeiramente, com um direito à vida (que, de qualquer modo, sempre seria do mesmo titular), pois que o direito subjetivo coenvolve, em termos de permissão de aproveitamento, um bem positivamente valorado¹³⁰. Ora, a propósito da figura da eutanásia (a tratar neste capítulo) diz-se que se alguém pretende fazer terminar a sua vida, de forma consciente, é precisamente porque aí (já) não encontra essa ideia de “bem”¹³¹. Assim, é cada vez mais premente compreender que o direito a morrer dignamente implica que respeitem o direito a viver de tal maneira que possamos preparar-nos para assumir (sobretudo) a nossa própria morte¹³².

iv) O direito à integridade pessoal

O direito à integridade pessoal tem a sua previsão legal no artigo 25.º da CRP e, na sua expressão mais simples, a proteção da integridade física e moral consiste no direito a não sofrer agressões ou ofensas – ao corpo ou espírito – seja por entidades públicas, seja por particulares e mediante a utilização de quaisquer meios¹³³. Contudo, repare-se que, apesar da sua importância constitucional, este direito não é imune a certas retrações, podendo ser objeto de (pelo menos) alguns limites.

Assim, coloca-se o problema da disponibilidade do titular do direito fundamental para aceitar ou abdicar a sua limitação (em maior ou menor medida) voluntariamente e mediante

¹²⁸ Manuel A. Carneiro da Frada, *A própria vida como dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão -limite*, Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão [org.] Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, [ed. lit.] António Menezes Cordeiro; Pedro Pais Vasconcelos e Paula Costa e Silva vol.I, Coimbra, Almedina, 2008, p. 189.

¹²⁹ António Brito e José Rijo, *Estudo jurídico da eutanásia em Portugal...*, ob. cit., p. 129.

¹³⁰ Contrapondo o direito a morrer com dignidade e o direito à vida, Aurelia Coloma, *La Medicina ante los derechos del paciente*, ob. cit., p. 169 defende que há-de prevalecer o primeiramente referido.

¹³¹ Veja-se Luísa Neto, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo* ..., ob. cit., p. 798.

¹³² Luísa Neto, *idem*, ob. cit., p. 804.

¹³³ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 556.

consentimento¹³⁴. De facto, condição indispensável é o consentimento daquele que aceita dispor da sua integridade física ser sempre livre, informado e esclarecido.

Em suma, é um direito pessoal irrenunciável afastando, realce-se, determinados casos, tais como aqueles em que o consentimento é aceitável e em que, de modo rigoroso, se verificam preenchidos todos os restantes requisitos legalmente exigidos a tratar *infra*¹³⁵.

v) O direito ao livre desenvolvimento da personalidade

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade encontra a sua sede legal, desde a revisão de 1997, no artigo 26.º da CRP. Concretizando, diga-se que este direito fundamental propugna o respeito pelo desenvolvimento da personalidade de cada um e implica o reconhecimento de um espaço de liberdade e realização pessoal liberto de constrangimentos jurídicos¹³⁶.

Cabe-nos também anunciar que o direito ao desenvolvimento da personalidade recolhe no seu âmbito normativo de proteção três dimensões: a formação livre da personalidade, a proteção da liberdade de ação de acordo com o projeto de vida e a vocação e capacidades pessoais próprias e a proteção da integridade da pessoa para além de proteção do artigo 25.º da CRP, tendo em vista principalmente a garantia da esfera jurídico-pessoal no processo de desenvolvimento. O sentido deste direito na primeira e terceira dimensões – formação livre da personalidade e proteção da integridade da pessoa – não se reduz a um momento estático de proteção da integridade da pessoa, mas comporta também uma dimensão dinâmica que aponta para a “pessoa em devir”, ou seja, para a pessoa poder enriquecer a sua dignidade em termos de capacidade de prestação no plano pessoal e social¹³⁷. A segunda dimensão – proteção da liberdade de exteriorização da personalidade – abrange uma panóplia de fatores, desde a escolha do “modo de vida”¹³⁸, passando pelo “*right to be let alone*” até um eventual direito à organização da própria morte.

Na esfera constitucional há-de garantir-se um direito à autodeterminação que abrange o direito de fazer escolhas essenciais na esfera da sua intimidade, ainda que existam liberdades

¹³⁴ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *idem*, ob. cit., p. 557.

¹³⁵ J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada: artigos 1.º a 107.º*, ob. cit., p. 454.

¹³⁶ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 614.

¹³⁷ J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada: artigos 1.º a 107.º*, ob. cit., p. 464.

¹³⁸ J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *idem*, ob. e loc. cit.

que, *chez le législateur*, não são mais que tolerâncias e que não deveriam ser confundidas com o bem público: é que há diferença de natureza – e não meramente de grau – entre a tolerância e a permissividade¹³⁹. Ora, exemplos de singular conduta ou coragem humana não podem transformar-se em “dever ser” e fazer olvidar um genérico princípio de autonomia. É este o entendimento que se visa sustentar¹⁴⁰.

Uma última nota para lembrar que é corrente considerar-se que o direito ao desenvolvimento da personalidade, proclamado no citado artigo 26.º da CRP, engloba ainda o direito à autodeterminação em matéria de cuidados de saúde enquanto tradução jurídica do princípio bioético da autonomia – tratado no Capítulo I¹⁴¹. É considerado um direito de última geração e permite, através do seu exercício, que uma pessoa consinta ou recuse a prestação de cuidados de saúde que lhe é proposta pelo médico¹⁴².

Portanto, ainda que um tratamento seja medicamente indicado, a defesa deste direito implica que seja qualificado como consistindo numa agressão ilícita se aquela pessoa nele não consentir¹⁴³.

vi) O direito à liberdade religiosa e liberdade de consciência

No artigo 41.º da CRP reconhece-se o direito à liberdade religiosa, bem como o direito à liberdade de consciência. Quanto ao direito primeiramente indicado refira-se que a liberdade religiosa compreende a liberdade de professar uma religião, mas também a liberdade de não escolher qualquer uma, com a consequente proibição de discriminação para os que não têm qualquer religião¹⁴⁴. Será certamente útil assinalar que a Lei Fundamental não define religião, nem o poderia fazer – sob pena de atingir o cerne da própria liberdade – porque, de certo modo, religião é para cada pessoa aquilo que entende por religião¹⁴⁵.

¹³⁹ Luísa Neto, *Cinco considerações sobre a legitimidade de intervenção do Direito...*, ob. cit., n.º 326, p. 343

¹⁴⁰ Luísa Neto, *idem*, ob. cit., p. 332.

¹⁴¹ André Pereira, *Declarações Antecipadas de Vontade: meramente indicativas ou vinculativas* in As novas questões em torno da vida e da morte em Direito Penal: uma perspectiva integrada, org. José de Faria Costa e Inês Fernandes Godinho, Wolters Kluwer Portugal e Coimbra Editora, 2010, p. 53.

¹⁴² Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *Testamento Vital*, ob. cit., p. 182.

¹⁴³ Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *idem*, ob. e loc. cit.

¹⁴⁴ J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada: artigos 1.º a 107.º*, ob. cit., p. 612.

¹⁴⁵ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 911.

A Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.º 16/2001 de 22 de Junho, de 2001) explicita, entre outros direitos ou faculdades das pessoas, o direito a agir ou não agir em conformidade com as normas da religião professada, no respeito pelos direitos humanos e pela lei¹⁴⁶.

Por seu turno, a liberdade de consciência – indissociável da liberdade de pensamento – é a liberdade de formar a consciência, de decidir em consciência e de agir em consciência¹⁴⁷. Esta liberdade revela-se mais ampla do que a liberdade de religião no que contende com o objeto, tanto crenças religiosas como quaisquer outras convicções (morais, ideológicas, filosóficas, entre outras). Mas, em contrapartida, enquanto aquela diz apenas respeito ao foro individual, a liberdade de religião possui uma dimensão coletiva e institucional muito forte que se traduz na liberdade das confissões religiosas. Ora, o reconhecimento constitucional da liberdade de consciência implica, desde logo, o reconhecimento da plena autonomia ética e racional de cada indivíduo na formação das suas convicções, valorações ou opções pessoais e de acordo com os critérios e padrões que, subjetivamente, entenda por pertinentes. Com efeito, por força do reconhecimento da sua autonomia reflexiva e decisória determina, ainda, o reconhecimento da capacidade de se decidir e de atuar, o que exige a consequente aceitação da capacidade de cada um de responder pelas suas decisões tomadas e pelos seus atos praticados¹⁴⁸. Caso complexo, mas de escola e já sobejamente tratado pela doutrina e pela jurisprudência é o da Testemunha de Jeová que decide não realizar uma transfusão sanguínea, mesmo que essa conduta coloque em risco a sua vida. Assim, é no exercício desta liberdade de atuação (conforme as suas crenças) que recusa ser transfundido, sendo certo que normalmente o paciente continua a desejar ser tratado, desde que isso não acarrete a dita operação que envolve sangue e hemoderivados. Defendemos que constitui um dever da sociedade criar as condições necessárias para que esta minoria possa, sempre que o pretender, aceder aos tratamentos alternativos existentes¹⁴⁹. De facto, como questiona SAVULESCU: “...[o] impacto nos cuidados de saúde das crenças dos indivíduos não é um dos preços que a

¹⁴⁶ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *idem*, ob. cit., p. 916.

¹⁴⁷ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *ibidem*, ob. cit., p. 893.

¹⁴⁸ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *ibidem*, ob. cit., p. 894.

¹⁴⁹ A propósito do dilema apresentado convém fazer uma breve referência à existência de tratamentos médicos alternativos à transfusão de sangue. Parece-nos que, em nome da igualdade material e em respeito ao direito à proteção da saúde, este grupo de pessoas deverá poder, pelo menos, equacionar esta hipótese.

Acontece que alguns destes tratamentos alternativos são mais caros, levando certos autores a rejeitar que sejam propostos a este grupo minoritário, por originarem um aumento das despesas do Estado com a prestação de cuidados de saúde e uma menor eficiência na afetação dos recursos para a saúde que são escassos, *vide* Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *Testamento Vital*, ob. cit., p. 184.

sociedade tem que pagar para assegurar o respeito pela liberdade de consciência e de religião?”¹⁵⁰. Estamos em crer que sim.

Tem sido também largamente defendido que se a recusa da transfusão consistir numa decisão informada, esclarecida, livre e consciente, a ponderação ou a concordância prática¹⁵¹ a realizar em concreto entre os bens e direitos constitucionalmente protegidos colocados em confronto – situação de colisão ou de conflito em sentido estrito¹⁵² – pode conduzir ao sacrifício (sempre integral) do bem jurídico vida humana¹⁵³. Atente-se, a este propósito, que quando nos referimos a situações de colisão é porque estamos diante casos em que se encontram presentes quer um bem jurídico, quer um direito. Por situações de conflito em sentido estrito pretendemos significar aqueles casos em que estão envolvidos dois direitos. Assim, entendemos que a realização da transfusão sanguínea nestes casos, por tudo o que representa no plano espiritual e pelas consequências que associa constituiria uma violência à imagem que uma Testemunha de Jeová de si faz e que quer que os outros dela tenham¹⁵⁴.

O artigo 41.º da nossa Lei Fundamental, mais concretamente no seu n.º 6, prevê ainda o direito à objeção de consciência, especificamente aplicável no caso de um médico se encontrar perante uma situação de aplicação de uma DAV e desejar não o fazer.¹⁵⁵

¹⁵⁰ Julian Savulesco, 1998, p. 234 *apud* Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *idem*, ob. cit., p. 185.

¹⁵¹ Subjacente a este princípio da concordância prática está a ideia de igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização entre estes bens, *vide* Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, 2003, p. 1225.

¹⁵² Distinga-se de conflito em sentido lato que abarca o problema das colisões e conflitos em sentido estrito, *vide* José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, ob. cit., p. 265. Verifique-se que este autor se refere a colisões de direitos e conflitos entre direitos e valores constitucionais comunitários e na nota 3 diz “A doutrina designa, por vezes, as colisões entre direitos como «colisões autênticas» e os conflitos entre direitos e valores comunitários como «colisões inautênticas» - é o caso de Gomes Canotilho, *idem*, ob. cit., p. 1270.

¹⁵³ Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *Testamento Vital* ob. cit., p. 189.

¹⁵⁴ Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *idem*, ob. e loc. cit.

¹⁵⁵ De um modo específico, de acordo com o n.º 1 do artigo 9.º da versão aprovada, este é um direito assegurado a todos os profissionais que prestem cuidados de saúde ao outorgante de uma DAV, quando solicitados para o cumprimento do disposto nesse documento. Destarte, quando recorrer a este direito, o profissional de saúde em causa deve indicar concretamente a que disposição ou disposições se refere, segundo o n.º 2 do artigo *supra* citado. É, de facto, necessário que os estabelecimentos de saúde em que a existência de profissionais objetores de consciência impossibilite o cumprimento do disposto no documento de DAV providenciem pela garantia do cumprimento do mesmo. Para que isso se verifique, devem adotar formas adequadas de cooperação com outros estabelecimentos de saúde ou com profissionais de saúde legalmente habilitados, nos termos do n.º 3 do artigo acima indicado.

vii) O direito à saúde

O direito à saúde está previsto no artigo 64.º da CRP. No entanto, cumpre ter presente que a CRP não esclarece o que se deva entender por “saúde”, não estando o legislador ordinário vinculado a garantir a todos um acesso a cuidados de saúde numa aceção amplíssima que associe a saúde à ideia de “um estado de completo bem-estar físico, mental e social”¹⁵⁶, na esteira da noção defendida pela OMS e já tratada no Capítulo I do presente trabalho.

Na verdade, o dever de defender e promover a saúde a que se refere o n.º 1 deste preceito constitucional, tem fundamentalmente como objeto a saúde pública e não a saúde privada¹⁵⁷. Todavia, numa sociedade assente no respeito pela dignidade da pessoa humana e que consagra a inviolabilidade da vida humana e da integridade física e moral das pessoas, não se podem ignorar os limites impostos à autolimitação voluntária dos direitos fundamentais¹⁵⁸.

A este propósito afigura-se-nos oportuno mencionar que todo o paciente deverá ter direito a obter uma segunda opinião sobre a sua situação de saúde e este direito deverá ser devidamente regulado pela nossa legislação¹⁵⁹.

1.2 A Representação

Infere-se do artigo 258.º do CC que a representação é um instituto jurídico que consiste no exercício em nome de outrem, com imputação jurídica na esfera da pessoa em cujo nome se atua¹⁶⁰. Na representação há uma dissociação, uma separação entre quem age (representante ou ator) e aquele em cuja esfera jurídica se produz a eficácia jurídica da ação (representado ou autor) e a quem é imputada a autoria do agir representativo¹⁶¹. Os poderes de representação podem ser atribuídos por um ato voluntário, pelo representado ao representante, tratando-se neste caso de uma representação voluntária. O referido ato voluntário atribuidor

¹⁵⁶ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 1312.

¹⁵⁷ Veja-se o que assinala Carla Amado Gomes, em *Defesa da Saúde*, págs. 22 e seguintes *apud* Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, *idem*, ob. cit., p. 1320.

¹⁵⁸ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, *ibidem*, ob. e loc. cit.

¹⁵⁹ Assumindo que nos é totalmente impossível aprofundar este assunto, assinala-se simplesmente que o CDOM refere no n.º 3 do seu artigo 45.º (a propósito do consentimento do doente) que “O médico deve aceitar e pode sugerir que o doente procure outra opinião médica, particularmente se a decisão envolver grandes riscos ou graves consequências.” e o n.º 1 do artigo 131.º do mesmo diploma refere que “O médico deve encorajar o doente a pedir uma segunda opinião caso o entenda útil ou se aperceba de que é essa a vontade do doente.”.

¹⁶⁰ Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 6.ª ed., 2010, p. 319.

¹⁶¹ Pedro Pais de Vasconcelos, *idem*, ob. e loc. cit.

de poderes representativos denomina-se procuração¹⁶². Ora, atribuição da procuração, ou seja, a nomeação do procurador, obedece às regras do artigo 262.º do CC que reza: “[d]iz-se procuração o acto pelo qual alguém atribui a outrem, voluntariamente, poderes representativos.” (n.º 1 do referido artigo 262.º)¹⁶³.

No que respeita à natureza da procuração podemos acrescentar que autores como JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS e HEINRICH EWALD HÖRSTER a qualificam como sendo um negócio jurídico unilateral¹⁶⁴. Ora, os negócios jurídicos unilaterais são atos de autonomia privada da autoria de apenas uma parte e que a vinculam e põem em vigor uma consequência ou uma regulação jurídicas, independentemente da concordância ou do consenso de uma outra parte¹⁶⁵. Isto significa que, no caso da procuração por exemplo, o procurador fica com poderes para representar o principal, mas não fica vinculado a fazê-lo¹⁶⁶, podendo livremente rejeitar os poderes representativos, ainda que a lei não o preveja expressamente¹⁶⁷.

É próprio do fenómeno representativo que o representante tenha alguma liberdade no exercício representativo, uma vez que se assim não for, se a totalidade do agir do representante estiver previamente determinado e não lhe sobrar qualquer autonomia, não se estará perante um verdadeiro representante, mas antes na presença de um nuncio¹⁶⁸. Este limita-se a comunicar uma declaração (negocial ou não), sem um mínimo de autonomia¹⁶⁹. Com efeito, verifica-se no instituto jurídico da representação o envolvimento de ambos, quer do representante, quer do representado.

Ao lado da representação voluntária existe a representação legal, na qual o representante é indicado pela lei, verificada determinada situação. Todavia, não nos estenderemos muito mais quanto a esta segunda espécie, pois apenas a primeira nos interessa desenvolver.

¹⁶² Carlos Alberto Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 4.ª ed., 2005, p. 539.

¹⁶³ Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do CC Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1992, p. 484.

¹⁶⁴ Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 341; Heinrich Ewald Hörster, *idem*, ob. e loc. cit. e José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil Teoria Geral. Acções e factos jurídicos*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 236.

¹⁶⁵ Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 497.

¹⁶⁶ Pedro Pais de Vasconcelos, *idem*, ob. cit., p. 499, na qual o autor adianta que a vinculação do procurador a exercer os poderes emergentes da procuração só pode emergir de um mandato ou de outro contrato ou título que constitua a relação fundamental subjacente à procuração e que constitui a causa jurídica da sua outorga.

¹⁶⁷ Pedro Pais de Vasconcelos, *ibidem*, ob. cit., p. 500.

¹⁶⁸ Pedro Pais de Vasconcelos, *ibidem*, ob. cit., p. 331.

¹⁶⁹ Pedro Pais de Vasconcelos, *ibidem*, ob. e loc. cit.

Detendo-nos agora quanto ao tratamento jurídico da representação voluntária – que é admitida no já mencionado artigo 262.º e seguintes do CC – dir-se-á que nesta o representante não necessita de ter plena capacidade legal, mas nos termos do artigo 263.º do mesmo diploma carece da capacidade natural de entender e querer, exigida pela natureza do negócio que haja de efetuar¹⁷⁰.

Outro elemento que se deve ter em consideração é a faculdade que o procurador tem de se poder fazer substituir por outrem, mas só se o representado o permitir ou se a prerrogativa de substituição resultar do conteúdo da procuração ou da relação jurídica que a determina, de acordo com o estabelecido nos n.ºs 1 a 3 do artigo 264.º do mesmo diploma legal¹⁷¹. Na verdade, o procurador pode também, além da referida possibilidade de se fazer substituir, servir-se de auxiliares na execução da procuração, se outra coisa não resultar do negócio ou da natureza do ato que haja de praticar, segundo o prescrito pelo n.º 4 desse artigo 264.º¹⁷².

Note-se também que a procuração se extingue nos casos previstos pelo artigo 265.º do CC, designadamente por renúncia do procurador – extinção da relação jurídica que lhe serve de base ou livre revogação pelo representado.

Para finalizar este nosso excuro – no qual tentámos ter em vista os principais aspetos que interessam à figura do procurador de cuidados de saúde – pondere-se que a pessoa que nomeia um procurador, de acordo com a sua autonomia de vontade, está naturalmente sujeita ao risco de este cumprir mal¹⁷³ confirmando-se, deste modo, quão importante é a relação de confiança que deve mediar entre representante e representado, porque o representado fica vulnerável a abusos do representante¹⁷⁴.

Por último, reiteramos que no nosso entendimento não devemos ignorar que no Direito a pessoa concreta não existe sem a comunidade, mas a comunidade também não existe sem a autonomia das pessoas concretas que a compõem¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Carlos Alberto Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit. p. 543.

¹⁷¹ Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do CC Português...*, ob. cit., p. 487.

¹⁷² Heinrich Ewald Hörster, *idem*, ob. e loc. cit.

¹⁷³ Heinrich Ewald Hörster, *ibidem*, ob. cit., p. 489.

¹⁷⁴ José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil Teoria Geral. Acções e factos jurídicos*, ob. cit., p. 261.

¹⁷⁵ Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 421.

2. Distinção de figuras afins

2.1 Eutanásia e suicídio assistido

Antes de avançarmos para a distinção entre eutanásia em sentido estrito e suicídio assistido descortinaremos algumas modalidades que aparecem referidas na doutrina portuguesa quando se cuida da primeira das figuras mencionadas.

Primeiramente, importará referir que a palavra “eutanásia” tem origem no grego *eu* (bem) mais *thanatos* (morte) e, de acordo com a sua etimologia, significa “boa morte” ou “morte suave”¹⁷⁶. Assim, segundo esta definição seriam classificados de eutanásicos os procedimentos destinados a prestar cuidados paliativos ao doente e que permitissem controlar a sua dor, sem que tivessem por finalidade a sua morte¹⁷⁷. Todavia, importará salientar que, na atualidade, a expressão “eutanásia” adquiriu um outro significado, surgindo como ato de provocar a morte a alguém que esteja em sofrimento – já não se trata de deixar a morte ocorrer por ela mesma, mas antes de a provocar ativamente – movido por sentimentos de piedade face a uma pessoa em agonia¹⁷⁸.

Ainda sobre a figura da eutanásia, verificamos que há quem distinga eutanásia ativa da passiva. Neste sentido, enquanto a eutanásia ativa (também apelidada de positiva) consiste na manifestação de um ato deliberado a provocar a morte sem sofrimento e sem dor do paciente – o que implica a intervenção médica adequada¹⁷⁹ –, a eutanásia passiva (ou negativa) será a não intervenção num processo que inexoravelmente conduzirá à morte ou a eliminação dos meios que visam prolongar a vida¹⁸⁰. Neste seguimento, ANDRÉ PEREIRA entende por “eutanásia passiva” ou ortotanásia¹⁸¹ a renúncia pelo médico de medidas que visem conservar

¹⁷⁶ Luísa Neto, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo...*, ob. cit., p. 780.

¹⁷⁷ Vera Lúcia Raposo, *Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida*, Revista do Ministério Público 125, Janeiro/Março 2011, p. 183.

¹⁷⁸ Vera Lúcia Raposo, *idem*, ob.e loc.cits.

¹⁷⁹ Veja-se António Brito e José Rijo, *Estudo jurídico da eutanásia em Portugal...*, ob. cit., p. 27.

¹⁸⁰ Veja-se Vera Lúcia Raposo, *Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida*, ob. cit., p. 183 e também Nuno Ferreira, *A eutanásia: entre o debate jurídico e a evolução da opinião pública*, ob. cit., p. 139.

¹⁸¹ Veja-se Luísa Neto, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo...*, ob. cit., p. 785, nota 1202, na qual a Autora indica Daniel Serrão como um dos autores que distingue a noção de eutanásia passiva da noção de ortotanásia; pelo contrário, André Pereira em *O consentimento informado...*, ob. cit., p. 519 aborda-as como sendo sinónimas. No entanto, Vera Lúcia Raposo, *Directivas Antecipadas de Vontade...*, ob. cit., p. 183, bem como Paulo Pinto Albuquerque, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, p. 345 utilizam o termo “ortotanásia” para aqueles casos designados comumente por “eutanásia indireta”. Adotamos no presente trabalho o entendimento de André Pereira e aproveitamos a oportunidade para referir que o seu teor literal significa morte natural e sem sofrimento.

ou prolongar a vida de doentes em estado terminal¹⁸² e, ao lado da eutanásia indireta¹⁸³, são aceites pela doutrina dominante como sendo lícitas¹⁸⁴. Note-se que esta última é comumente vista como a ministração de medicamentos paliativos destinados a mitigar a dor sentida pelo paciente e que paralelamente encurtam a sua vida.

Contudo, há quem defenda que se a eutanásia implica um ato – de acordo com a definição *supra* indicada –, a mesma não deverá consubstanciar-se na decisão de não agir (salvo para quem considerar como ato a decisão de não agir¹⁸⁵).

Na verdade, em termos absolutamente rigorosos, só existe eutanásia ativa, ou seja, simplesmente eutanásia¹⁸⁶.

Outros autores propugnam também a distinção entre eutanásia ativa e passiva, mas tendo por base um outro argumento, segundo o qual, na eutanásia passiva estariam em causa pessoas que não expressaram o desejo de morrer por terem perdido ao longo da doença as suas capacidades mentais ou físicas ou por nunca terem tido a capacidade de prestar o seu consentimento¹⁸⁷.

Em segundo lugar, aluda-se à classificação que distingue eutanásia voluntária da involuntária, sendo esta última a que é imposta pelo Estado ou por um terceiro em função de razões egoístas. Todavia, parece-nos que a situação descrita não deverá ser abrangida pela expressão “eutanásia”, precisamente por causa do teor literal inicialmente apontado e

¹⁸² Devem considerar-se doentes terminais, aqueles que têm uma doença incurável em fase irreversível, encontram-se em estado de grande sofrimento (físico, psicológico e/ou espiritual) e têm uma esperança de vida, fundamentada nos dados da ciência médica disponíveis, não superior a um ano, *vide* António Brito e José Rijo, *Estudo jurídico da Eutanásia em Portugal...*, ob. cit. p. 23.

¹⁸³ António Brito e José Rijo, *idem*, ob. cit., p. 28 – defendem não se dever considerar esta última figura como verdadeira eutanásia. Refira-se ainda que os autores fazem uma classificação distinta entre eutanásia direta (pretende-se que a morte sobrevenha) de eutanásia indireta (quer-se minorar a dor, embora sabendo que com isso se pode encurtar a vida do moribundo) e, por outro lado, eutanásia agónica (quando a morte é provocada num doente terminal, por forma a que não sofra mais) da eutanásia de duplo efeito (que se traduz num aceleração da morte como consequência indireta da administração de fármacos que visam aliviar a dor de um paciente terminal, podendo ter como efeito indesejado a morte).

¹⁸⁴ André Pereira, *O consentimento informado...*, ob. cit., p. 519.

¹⁸⁵ Neste sentido veja-se Nuno Ferreira, *A eutanásia: entre o debate jurídico e a evolução da opinião pública*, ob. cit., p. 149, nas palavras do Autor “Não agir equivale a agir: é decidir o que fazer, da mesma forma que decidir agir é uma opção.”. Defende na página seguinte que em relação ao objeto, tanto as omissões como as ações deviam ser avaliadas de igual forma pela lei; também abordando a questão da distinção ativa/passiva *vide* Luísa Neto, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo...*, p. 783 onde defende que haverá sempre um ato (voluntário) por ação ou omissão – o matar ou deixar de tratar –, com relevância em termos denexo causal.

¹⁸⁶ Isabel e Michel Renaud, *O testamento vital. Elementos de análise*, Revista Portuguesa de Bioética, Dezembro 2009, n.º 9, p. 328.

¹⁸⁷ Nuno Ferreira, *A eutanásia: entre o debate jurídico e a evolução da opinião pública*, ob. cit., p. 141.

significativo do conceito de “boa morte” que há-de ser necessariamente avaliado pelo próprio sujeito¹⁸⁸.

Atualmente, a chamada eutanásia ativa é considerada entre nós uma prática punida criminalmente, prevista no artigo 134.º do CP (homicídio a pedido da vítima) e, de certa forma, também prevista no artigo 133.º do CP (homicídio privilegiado). No entanto, caso não se verifiquem os seus requisitos preencher-se-á o tipo de ilícito do artigo 131.º do CP (homicídio simples), o qual prevê uma pena abstrata mais gravosa que os demais. Quando muito, para doentes terminais sujeitos a sofrimento insuportável, admite-se a possibilidade de o médico poder ficar dispensado de pena por força do estado de necessidade desculpante (embora também se ouçam vozes no sentido da verificação do estado de necessidade justificante¹⁸⁹) e beneficiar da correspondente dispensa de pena (*vide* n.º 2 do artigo 35.º do CP).

O mesmo se dirá quanto à dita eutanásia passiva (a que, nos termos da primeira classificação acima exposta, se define como sendo a omissão da intervenção médica num processo que conduz à morte ou a eliminação de meios que suportam determinada vida), a qual representa o preenchimento de um dos acima referidos tipos legais de homicídio a título de conduta omissiva, uma vez que sob o médico continua a recair o dever de garante¹⁹⁰. Ora, a questão fundamental prende-se em saber se esse dever de garante cessa quando o doente manifestar a vontade de não prosseguir tratamento. Sobre esta temática, e na senda de FIGUEIREDO DIAS entendemos que em tal caso se extingue o dever de garante. Caso esta vontade não seja respeitada, a continuação do tratamento fará o médico incorrer no crime previsto no artigo 156.º do CP (referente a intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários)¹⁹¹.

A este propósito refira-se ainda um outro ato também considerado ilícito na ordem jurídica portuguesa e que nos interessa aqui tratar: o incitamento ou ajuda ao suicídio (com previsão legal no artigo 135.º do CP), importando aqui esclarecer que para efeitos de direito criminal não pode ser considerado suicídio a recusa de tratamento médico, ainda que este se

¹⁸⁸ Neste sentido Luísa Neto, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo...*, ob. cit., p. 781.

¹⁸⁹ Vera Lúcia Raposo, *Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida*, ob. cit., p. 184 e Paulo Pinto Albuquerque, *Comentário do Código Penal...* ob. cit., p. 345.

¹⁹⁰ Vera Lúcia Raposo, *idem*, ob. e loc. cit.

¹⁹¹ Vera Lúcia Raposo, *ibidem*, ob. e loc. cit.

mostre indispensável para salvar a vida¹⁹². No entendimento de LUÍSA NETO, a expressão “suicídio assistido” deverá ser reservada para as situações em que é o próprio sujeito a ter, ainda de alguma forma, ao seu dispor, os meios para pôr fim à sua vida¹⁹³. Contudo, partilhamos do reconhecimento que a autora faz sobre a fronteira entre esta figura e a eutanásia, ser, de facto, muito ténue¹⁹⁴. Também NUNO FERREIRA defende que a eutanásia é uma figura praticamente idêntica à do “suicídio medicamente assistido”, com a diferença que nesta última o ato final determinante é da autoria do paciente e não do médico. Assim, este autor entende que essa relevância é insignificante, uma vez que quer os meios, quer os resultados em causa são idênticos¹⁹⁵.

No entanto, deverá ter-se presente que no incitamento ou auxílio ao suicídio verifica-se uma colaboração ativa com o processo volitivo e/ou com a atuação concreta (mesmo quando apenas se deixam à disposição de outrem os meios necessários¹⁹⁶) que conduzirá à morte; enquanto no respeito pela autodeterminação do paciente existe o acatar a sua vontade¹⁹⁷.

Por todo o exposto, afirmamos que o respeito da vontade do paciente, por exemplo em conformidade com uma DAV, e que conduza à recusa de tratamentos médicos, não pode ser considerado como um caso de eutanásia, nem sequer da denominada eutanásia passiva, porquanto não é o médico que provoca a morte mas, ao invés, a própria doença ou a sua evolução¹⁹⁸. Na eutanásia, o médico ou a equipa médica provoca a morte a pedido do doente, com o objetivo primordial de pôr fim, de eliminar todo o sofrimento de que este padece. Por sua vez, no cumprimento de uma DAV não se visa provocar a morte nem eliminar a dor, antes se pretende respeitar a autonomia e o direito à autodeterminação do paciente¹⁹⁹.

¹⁹² Vera Lúcia Raposo, *ibidem*, ob. cit., p. 197 e Paulo Pinto Albuquerque, *Comentário do Código Penal...* ob. cit., p. 363.

¹⁹³ Luísa Neto, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo...*, ob. cit., p. 781. Destarte, não podemos estar de acordo com o entendimento de Daniel Serrão quando este caracteriza o suicídio assistido como constituindo uma versão *soft* de eutanásia, vide Daniel Serrão, *Eutanásia e suicídio assistido – uma questão pós-moderna*, Bioética: Questões em debate, Publicações da Faculdade de Filosofia Universidade Católica Portuguesa, Braga, 2001, p. 103 e 106.

¹⁹⁴ Neste sentido Luísa Neto, *idem*, ob. cit., p. 781.

¹⁹⁵ Nuno Ferreira, *A eutanásia: entre o debate jurídico e a evolução da opinião pública*, ob. cit., p. 141.

¹⁹⁶ Vera Lúcia Raposo, *Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida*, ob. cit., p. 186.

¹⁹⁷ Veja-se João Vaz Rodrigues, *O consentimento informado para o acto médico...*, ob. cit., p. 368.

¹⁹⁸ Isabel e Michel Renaud, *O testamento vital. Elementos de análise*, ob. cit., p. 329.

¹⁹⁹ Isabel e Michel Renaud, *idem*, ob. cit., p. 328.

Atualmente, no nosso ordenamento jurídico é evidente que será nulo e de nenhum efeito o pedido formulado pelo paciente no sentido de, em caso de irrecuperabilidade face a uma doença terminal, o médico provocar diretamente a morte do doente²⁰⁰.

E assim terminamos este excursus, mas não sem antes fazer uma referência ao já referido Parecer n.º 59/CNECV/2010, sobre os projetos de lei relativos às declarações antecipadas de vontade, no qual logo no seu início se assinala que é legítimo direito da pessoa recusar tratamento (expressamente ou lançando mão de uma das modalidades das DAV's) e que, quer este procedimento, quer a recusa da obstinação terapêutica – a tratar *infra* – não são assimiláveis a atos de eutanásia²⁰¹.

2.2 Distanásia, futilidade médica, obstinação terapêutica ou encarniçamento terapêutico

Principiaremos esta nossa análise afirmando que distanásia, futilidade médica, obstinação terapêutica ou encarniçamento terapêutico são todas diferentes designações que pretendem significar exatamente o mesmo: um conjunto de procedimentos terapêuticos com baixa probabilidade de reverter o estado em que se encontra o doente, bem como poder sobreviver com qualidade de vida aceitável²⁰².

Neste contexto, do artigo 49.º do anterior CDOM constava o seguinte: “[e]m caso de doença comportando prognóstico seguramente infausto a muito curto prazo, deve o Médico evitar obstinação terapêutica sem esperança, podendo limitar a sua intervenção à assistência moral do doente e à prescrição ao mesmo da tratamento capaz de o poupar a sofrimento inútil, no respeito do seu direito a uma morte digna e conforme à sua condição de Ser humano.”.

Também o atual CDOM, mais concretamente no n.º 2 do seu artigo 57.º, dispõe que é expressamente vedada a prática de distanásia e no artigo seguinte prevê-se que “[n]as situações de doenças avançadas e progressivas cujos tratamentos não permitem reverter a sua evolução natural, o médico deve dirigir a sua acção para o bem-estar dos doentes, evitando utilizar meios fúteis (...) que podem, por si próprios, induzir mais sofrimento, sem

²⁰⁰ Luís Archer [et al.], *Novos desafios à bioética*, Porto, Porto Editora, 2001, p. 259.

²⁰¹ Parecer n.º 59/CNECV/2010, *Parecer sobre os projectos de lei relativos às declarações antecipadas de vontade*, Dezembro de 2010, p. 2.

²⁰² Amélia Rego e Sílvia Coelho, *Ponderação sobre a qualidade de vida e a liceidade moral para deixar morrer*, Revista Portuguesa de Bioética, Abril de 2001, n.º 13, p. 81.

que daí advenha qualquer benefício.”. Ora, a recusa de tratamento gera, com elevada frequência, dilemas dentro das próprias equipas médicas²⁰³.

Na verdade, a decisão mais difícil de tomar é a de “desistir” ou a de decidir deixar de “investir”, ainda que acreditemos ser muitas vezes mais humano promover o conforto, o alívio, diminuindo o desespero – nem que seja por breves dias de existência humana – do que prolongar uma vida sustentada indefinidamente e a todo o custo²⁰⁴.

Cumprir salientar que, naturalmente, o paciente a quem se recusa a prática de distanásia não pode, jamais, ser privado de todo o suporte terapêutico que visa alcançar a qualidade de vida no seu tempo de aproximação à morte²⁰⁵. Certo é também que suspender ou limitar um tratamento²⁰⁶, por se tornar excessivo ou injustificado, difere de abandonar o doente, trata-se de assumir um novo tipo de comportamento, não já de curar, mas sim a igualmente nobre tarefa de cuidar²⁰⁷.

O nó górdio consiste na inexistência de consenso em relação à definição do que seja fútil em termos de prestação de cuidados de saúde – conforme vimos no Capítulo I –, mas qualquer médico sabe que determinadas intervenções apenas contribuirão para alongar o momento que inevitavelmente antecede a morte²⁰⁸.

É, pois, seguramente ético limitar um esforço terapêutico quando esta decisão visa cumprir o já aludido princípio da não maleficência, ou seja, quando continuar esta intensificação terapêutica significa inculcar prejuízo ao doente; assim como é igualmente ético retirar a terapêutica já instituída quando esta decisão cumpre o também referido princípio da beneficência, isto é, sempre que esta decisão permitir diminuir os riscos e a agressão terapêutica, sem que sejam postos em causa eventuais benefícios do doente²⁰⁹.

Note-se ainda que o desejo do doente em receber meios extraordinários de tratamento, embora possa ser tomado em consideração pelo médico no momento em que decide que cuidados prestar-lhe, não prevalece sobre a liberdade de prescrição deste²¹⁰.

²⁰³ Amélia Rego e Sílvia Coelho, *idem*, ob. e loc. cit.

²⁰⁴ Neste sentido veja-se Amélia Rego e Sílvia Coelho, *ibidem*, ob. cit., p. 82.

²⁰⁵ Filipe Almeida, *Bioética na Unidade de Cuidados Intensivos...*, ob. cit., p. 312.

²⁰⁶ A este propósito sublinhe-se o facto de apesar das máquinas mais evoluídas serem hoje acessíveis e estarem disponíveis como meios ordinários isso não obriga ao seu uso nem impede que sejam eticamente consideradas como meios extraordinários, vide Luísa Neto, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo...* ob. cit.; p. 784 e 785, nota 1.

²⁰⁷ Amélia Rego e Sílvia Coelho, *Ponderação...*, ob. cit., p. 86.

²⁰⁸ Vera Lúcia Raposo, *Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida*, ..., ob. cit., p. 182.

²⁰⁹ Filipe Almeida, *Bioética na Unidade de Cuidados Intensivos...*, ob. cit. p. 312.

²¹⁰ Helena Pereira de Melo, *As Directivas Antecipadas de Vontade...*, ob. cit., p. 5.

2.3 Consentimento e dissentimento informados: o direito a não saber

O consentimento informado foi sendo edificado ao longo do século XX²¹¹ e deve ser entendido não apenas como um dever deontológico, mas antes como um verdadeiro elemento de boa prática clínica²¹². Podemos, desde já, afirmar que “consentimento” significa o comportamento mediante o qual se concede a alguém algo, como seja, no caso do consentimento para o ato médico, uma atuação do médico na esfera físico-psíquica do paciente com o sentido de proporcionar saúde em benefício próprio, benefício alheio ou em benefício geral²¹³.

O consentimento para ato médico deve, em regra, ser específico para cada ato em causa, de modo que não se admitem os chamados consentimentos gerais ou consentimentos em branco²¹⁴.

No plano da natureza jurídica importa referir que o consentimento constitui uma causa de justificação da ilicitude para efeitos de responsabilidade deontológica, civil e penal. Esta figura vem regulada pelo artigo 340.º e, subsidiariamente, pelo artigo 81.º, ambos do CC.

Para além dos *supra* mencionados artigos, encontramos outros preceitos legais que impõem o consentimento, entre eles, o artigo 38.º do CP que dispõe no seu n.º 1: “[a]lém dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes.”. No seu n.º 2 está previsto que “[o] consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto.”. Por fim, prevê-se no seu n.º 3 que “[o] consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.”.

Sobre o consentimento informado, em especial, encontramos o artigo 5.º da CDHB que reza: “[q]ualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido.” e que essa pessoa

²¹¹ Veja-se André Pereira, *O consentimento informado...*, ob. cit., p. 615.

²¹² Neste sentido veja-se André Pereira, *idem*, ob. cit., p. 519.

²¹³ Veja-se João Vaz Rodrigues, *O consentimento informado para o acto médico...*, ob. cit., p. 24.

²¹³ Veja-se João Vaz Rodrigues, *idem*, ob. e loc. cit.

²¹⁴ Rui Nunes, Estudo n.º E/17/APB/10 Testamento Vital, at http://www.sbem-fmup.org/fotos/gca/1284923005parecer-testamento_vital.pdf, p. 8.

deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos e que a pessoa em questão pode – a todo o tempo – revogar livremente o seu consentimento. Também o artigo 157.º do CP estabelece que “[p]ara efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, – salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de causar grave dano à saúde, física ou psíquica.”.

Faz-se ainda referência a este instituto na Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto de 1990 com as alterações introduzidas pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro de 2002), mais propriamente na al. e) do n.º 1 da Base XIV; no CDOM encontramos o seu artigo 44.º e no Estatuto da Ordem dos Enfermeiros (Decreto-Lei n.º 104/98, de 21 de Abril de 1998 com as alterações introduzidas pela Lei n.º 111/2009, de 16 de Setembro de 2009) temos o disposto no artigo 84.º.

Por seu turno, o dissentimento²¹⁵ será exatamente a conduta inversa, ou seja, a recusa de algo, nomeadamente de um determinado tratamento médico. A possibilidade dessa recusa de tratamento está prevista no n.º 2 do artigo 49.º do CDOM e exige, em caso de perigo de vida, que seja feita expressamente pelo próprio doente e sem coações. Também encontramos o direito de recusar tratamentos no n.º 2 do artigo 156.º do CP que respeita às intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários e prevê:

“ ... [o] facto não é punível quando o consentimento:

a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou

b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde;

e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.”.

²¹⁵ André Pereira, *O consentimento informado...*, ob. cit., p. 501.

O bem jurídico protegido neste tipo de crime não é a vida nem a saúde do paciente, mas sim a sua autodeterminação sobre a vida e sobre o corpo²¹⁶, isto é, a liberdade de decisão daquela pessoa²¹⁷.

Agora, relacionado com o consentimento e dissentimento informados surge-nos o direito a não saber. Já a ética de Aristóteles sublinhava que do futuro não temos uma visão, mas apenas uma previsão sempre marcada pela incerteza²¹⁸ e o mesmo autor afirmava que todos os homens eram por natureza movidos por um desejo de saber²¹⁹. Contudo, algumas pessoas podem preferir, pelas mais diversas razões, não ser informadas relativamente a determinados aspetos do seu estado de saúde. Assim sendo, o paciente pode renunciar à informação clínica²²⁰. Ora, obviamente não existirá esclarecimento quando o paciente declarar que aceitará tudo o que o médico venha a decidir ou que simplesmente deseja optar por não tomar conhecimento da sua situação.

Como dimensão do princípio da autonomia – o qual foi por nós submetido a tratamento no Capítulo I – existe então este direito, previsto expressamente no n.º 2 do artigo 10.º da CDHB. A doutrina maioritária tem defendido que se trata de um direito a “ser respeitado como indivíduo autónomo, capaz de uma decisão de vontade”, que radica no já abordado direito geral de personalidade, na sua configuração como direito à autodeterminação, e de modo mediato à dignidade humana²²¹.

No entanto, e tal como sucede com outros direitos, o direito a não saber não é absoluto, podendo sofrer restrições tendo em atenção dois interesses distintos: tanto no interesse do próprio paciente (informando-o da predisposição para uma patologia grave, para que possa adotar medidas preventivas face à mesma), como para a proteção de terceiros (informando-o, a mero título de exemplo, de uma doença infecto-contagiosa como acontece com a SIDA, tendo como objetivo evitar a transmissão a terceiras pessoas ou aos seus familiares). As exceções relatadas estão previstas na CDHB, no n.º 3 do seu artigo 10.º e no n.º 1 do artigo 26.º. O artigo primeiramente referido prevê que: “ [a] título excepcional, a lei pode prever, no interesse do paciente, restrições ao exercício dos direitos estabelecidos no n.º 2.” e o

²¹⁶ Vera Lúcia Raposo, *Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida*, ob. cit., p. 198.

²¹⁷ Paulo Pinto Albuquerque, *Comentário do Código Penal ...*, ob. cit., p. 421.

²¹⁸ Isabel e Michel Renaud, *O testamento vital...* ob. cit., p. 325.

²¹⁹ André Pereira, *O consentimento informado...*, ob. cit., p. 467.

²²⁰ Perfilhando este entendimento veja-se André Pereira, *idem*, ob. cit., p. 468.

²²¹ Beauchamp e Childress, *Principles of Medical Ethics*, New York-Oxford, Oxford University Press, 5th ed. 2001 p. 63 *apud* André Pereira, *O consentimento informado...*, ob. cit., p. 471.

segundo estabelece que: “[o] exercício dos direitos e as disposições de protecção contidos na presente Convenção não podem ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituem providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança pública, a prevenção de infracções penais, a protecção da saúde pública ou a salvaguarda dos direitos e liberdades de terceiros.”.

Atente-se que, não obstante permitir-se que a renúncia seja feita expressa ou tacitamente, a mesma deverá ser sempre clara e inequívoca, exigindo-se uma “recusa informada”²²².

Na verdade, o essencial do direito a não saber, utilizando as palavras de ANDRÉ PEREIRA é o “conhecimento da possibilidade de conhecimento”, visto que apenas estando ciente da possibilidade de conhecer determinadas informações, pode o sujeito autodeterminar-se no sentido de as recusar²²³. Portanto, não se trata logicamente de exigir aqui uma recusa com plena informação, uma vez que assim o direito a não saber tornar-se-ia totalmente destituído de sentido. De facto, é necessário que haja por parte do paciente um conhecimento, em abstrato, do âmbito de conhecimentos em causa²²⁴.

III. A CONFIGURAÇÃO DO REGIME LEGAL

Em 2006, a Associação Portuguesa de Bioética apresentou aos grupos parlamentares²²⁵ o Projeto de Diploma n.º P/06/APB/06 que visava regular o “exercício do direito a formular diretivas antecipadas de vontade no âmbito da prestação de cuidados de saúde e cria o correspondente registo nacional”, o que originou um intenso debate a nível nacional²²⁶.

Posteriormente, em 2009, o grupo parlamentar do PS elaborou o Projeto de Lei n.º 788/X sobre os “direitos dos doentes à informação e ao consentimento informado”, o qual numa das suas secções – (a IV) – contemplava as DAV’s. O referido diploma foi debatido e aprovado na generalidade, tendo caducado devido às circunstâncias políticas e sociais então existentes²²⁷.

²²² André Pereira, *O consentimento informado...*, ob. cit., p. 469.

²²³ André Pereira, *idem*, ob. e loc. cit.

²²⁴ André Pereira, *ibidem*, ob. e loc. cit.

²²⁵ Não deixe, naturalmente, de se assinalar a impossibilidade de esta Associação gozar de iniciativa legislativa, nos termos e para efeitos do n.º 1 do artigo 167.º da CRP, pelo que se deve entender a apresentação da proposta como contributo para o debate, visando precisamente o impulso legiferante.

²²⁶ Este debate foi despoletado pela crescente consciencialização da sociedade portuguesa no que respeita à importância e legitimidade da formulação de DAV’s e consistiu, sobretudo, na realização de palestras e de debates, na publicação de artigos e obras literárias e na divulgação desta matéria pela comunicação social.

²²⁷ Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *Testamento Vital*, ob. cit., p. 14.

Em 2010, e seguindo a iniciativa do grupo parlamentar do PS, também os grupos parlamentares do BE, do PPD/PSD e do CDS-PP apresentaram projetos de lei sobre esta matéria²²⁸. Todavia, com a publicação em Diário da República da aceitação da demissão do Governo, por Decreto do Presidente da República n.º 44-A/2011, as propostas de lei que tinham sido apresentadas pelo Governo e descido para discussão na especialidade caducaram, nos termos do n.º 6 do artigo 167.º da CRP.

Assim, no decurso do ano de 2011 foram apresentados novos projetos pelos grupos parlamentares supramencionados e que – tendo resultado na versão promulgada e publicada como Lei n.º 25/2012, de 16 de julho – serão o objeto primacial da nossa abordagem, no sentido de identificarmos os seus pontos de convergência e explicarmos as suas diferenças mais significativas.

Acresce ainda a necessidade de convocar para esta explanação o acervo de pareceres emitidos pelo CNECV *hoc casu*, especialmente o Parecer n.º 57/CNECV/2009²²⁹ que incidiu sobre o referido Projeto de Lei n.º 788/X e o Parecer n.º 59/CNECV/2010 que se debruçou sobre os projetos de lei relativos às DAV's, os quais pelo seu elevado contributo para o candente assunto em análise não poderemos descurar.

1. A manifestação de vontade na redação das DAV's

O diploma legal a vigorar em Portugal aplica-se a cidadãos nacionais, bem como a estrangeiros e apátridas que residam em território português, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 15.º da Lei n.º 25/2012, de 16 julho (doravante LDAV) e no n.º 1 do artigo 15.º da CRP.

Adiantaremos também, desde já, que a versão que acaba de ser publicada não prevê quaisquer “definições”, contrariamente ao que sucedia em todos os projetos de lei anteriores

²²⁸ Respetivamente: o Projeto de Lei n.º 413/XI/2.ª do PS que visava regular o direito dos doentes à informação e ao consentimento informado, o Projeto de Lei n.º 414/XI/2.ª do BE que visava regular o direito dos cidadãos a decidirem sobre a prestação futura de cuidados de saúde, em caso de incapacidade de exprimirem a sua vontade e criava o registo nacional de testamento vital (RENTEV), o Projeto de Lei n.º 428/XI/2.ª do PPD/PSD que pretendia regular as declarações antecipadas de vontade e o Projeto de Lei n.º 429/XI/2.ª do CDS-PP que tinha em vista regular as diretivas antecipadas de vontade em matéria de testamento vital e nomeação de procurador de cuidados de saúde e procedia à criação do registo nacional do testamento vital.

²²⁹ Este parecer foi objeto de fortes críticas, uma vez que todo o ele parece estar assente numa desconfiança perante o princípio de autonomia e autodeterminação da pessoa doente, *vide* Laura Ferreira dos Santos, *Testamento Vital. O que é? Como elaborá-lo?*, Sextante Editora – Porto Editora, 2011, p. 175.

em que se encontrava inserida uma lista que definia, para efeitos da aplicação da lei das DAV's, alguns conceitos relevantes na presente matéria²³⁰.

1.1 Requisitos de forma e publicidade

Em todos os projetos de lei se reconhecia a necessidade das DAV's serem formalizadas através de documento escrito, que – de acordo com o disposto finalmente na LDAV – poderia revestir a forma de testamento vital, de nomeação de procurador de cuidados de saúde, ou de ambas, simultaneamente²³¹. Aliás, no n.º 6 do artigo 5.º do Projeto de Lei n.º 64/XII/1.ª do CDS-PP encontrava-se expressamente prevista a possibilidade de se celebrarem quer o testamento vital, quer a procuração de cuidados de saúde no mesmo ato notarial, enquanto que da leitura do artigo 3.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD não se vislumbrava a possibilidade de o documento de DAV poder revestir, concomitantemente, ambas as formas *supra* referidas.

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

- a) A identificação completa do outorgante;
- b) O lugar, a data e a hora da sua assinatura;
- c) As situações clínicas em que produz efeitos;

²³⁰ Tais como “testamento vital” (surge nos vários projetos de lei que resultaram na versão aprovada e promulgada como Lei n.º 25/2012, de 16 de julho, à exceção do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD que na alínea l) do seu artigo 2.º opta pela designação “testamento de paciente”), “procurador de cuidados de saúde” (presente na alínea h) do artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 21/XII/1.ª do BE e na l) do n.º 3 do artigo 1.º Projeto de Lei n.º 64/XII/1.ª do CDS-PP), “cuidado/cuidados de saúde” (apenas referido no Projeto de Lei n.º 62/XII/1.ª do PS), “doença terminal” (surge-nos exclusivamente previsto na alínea c) do artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD), “estado permanente de inconsciência” (consta apenas na alínea e) do n.º 1 do artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD), “estabelecimento de saúde” (previsto na alínea d) do n.º 1 do artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD e na alínea c) do n.º 3 do artigo 1.º do Projeto de Lei n.º 64/XII/1.ª do CDS-PP), “processo clínico” (previsto na alínea g) do artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 21/XII/1.ª do BE, bem como na alínea k) do n.º 1 do artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD), “doente” (surge-nos unicamente na alínea e) do artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 21/XII/1.ª do BE), “paciente” (surge na alínea i) do n.º 1 do artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD e na alínea g) do n.º 3 do artigo 1.º do Projeto de Lei n.º 64/XII/1.ª do CDS-PP), “familiar” (somente se encontra na alínea f) do n.º 1 do artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD), entre as demais.

²³¹ Laura Ferreira dos Santos – Laura Ferreira dos Santos, *Testamento Vital*, ob. cit., p. 37 – também não propõe a obrigatoriedade de proceder à nomeação de um procurador de cuidados de saúde (apesar de o aconselhar vivamente), porquanto essa obrigatoriedade poderia afastar as pessoas de, pelo menos, preencherem e formularem o restante formulário.

- d) As opções e instruções relativas a cuidados de saúde que o outorgante deseja (ou não) receber, no caso de se encontrar em alguma das situações referidas na alínea anterior;
- e) As declarações de renovação, alteração ou revogação da DAV, caso estas existam.

Atente-se que a LDAV prevê que a referida assinatura²³² do outorgante deverá ser presencialmente reconhecida por um notário²³³ ou, desde que devidamente habilitado para o efeito, por um funcionário do designado RENTEV²³⁴, nos termos do artigo *supra* indicado.

²³² A verificar-se a natureza meramente opcional do registo, para que um documento não registado em que a DAV se encontra inserida seja válido, a assinatura do outorgante deve ter sido reconhecida. A questão da obrigatoriedade do registo foi uma questão que não obteve consenso nos vários projetos de lei, o que facilmente se poderá comprovar pela análise do n.º 7 do artigo 5.º do Projeto de Lei n.º 21/XII/1.ª do BE e do n.º 5 do artigo 5.º do Projeto de Lei n.º 64/XII/1.ª do CDS-PP que previam a obrigatoriedade do registo, enquanto o n.º 3 do artigo 10.º do Projeto de Lei n.º 62/XII/1.ª do PS e o n.º 3 do artigo 8.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD estabeleciam o seu efeito meramente declarativo.

Se o outorgante não souber ou não puder ler e/ou escrever, o documento será escrito por outra pessoa a indicar pelo outorgante, ficando consignado no mesmo a razão por que este não o preenche e assina, bem como os dados pessoais identificativos da pessoa que o faz e a respetiva assinatura, também devidamente reconhecida. Esta era a solução prevista no n.º 2 do artigo 5.º do Projeto de Lei n.º 21/XII/1.ª do BE e muito semelhante à que se encontrava no n.º 4 do artigo 7.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD, com a diferença de esta não prever o reconhecimento da assinatura da pessoa que efetivamente o faz. Por seu turno, outra solução estava prevista nos n.ºs 3 e 4 do artigo 5.º do Projeto de Lei n.º 64/XII/1.ª do CDS-PP que estipulavam: “*Os outorgantes que não saibam, ou não possam, assinar, devem apor, à margem do documento, segundo a ordem por que nele foram mencionados, a impressão digital do indicador da mão direita*” e “*Os outorgantes que não puderem apor a impressão do indicador da mão direita, por motivo de doença ou de defeito físico, devem apor a do dedo que o notário determinar, fazendo-se menção do dedo a que corresponde junto à impressão digital.*”. No entanto, entendemos ser mais viável a primeira das soluções apresentadas.

²³³ Algumas legislações (galega, estremadura e catalã) permitem a possibilidade de o outorgante escolher entre deslocar-se ao notário ou no momento da sua assinatura estarem presentes três testemunhas, portanto permitem a certificação testemunhal em vez do controlo notarial. Isto porque o outorgante pode já estar acamado, pelo que a deslocação ao notário se revelaria uma burocracia onerosa e injustificada como explica André Pereira, *O consentimento informado...*, ob. cit., p. 254. O mesmo autor comenta “a actual realidade do notariado português garante, ou deveria garantir, um atendimento mais acessível ao cidadão, inclusive a prestação do serviço ao domicílio ou num estabelecimento de saúde, por parte do Notário, se para tanto for requisitado”, vide André Pereira, *Declarações Antecipadas de Vontade...*, ob. cit., p. 57. Convoque-se ainda aqui o entendimento de Laura Ferreira dos Santos – Laura Ferreira Santos, *Testamento Vital*, ob. cit., p. 75 – que estabelece um extenso elenco de condições que têm que ser preenchidas por quem atuar como testemunha. Desse conjunto constam como condições, por exemplo, não ser alguém nomeado pelo outorgante como seu procurador de cuidados de saúde; não cuidar do outorgante ao nível da saúde, nem ser proprietário ou agente de um estabelecimento de saúde, lar, ou instância semelhante, em que esta pessoa esteja internada; não ser empregado ou cônjuge de quem presta cuidados de saúde a essa pessoa; não ser responsável financeiramente pelos cuidados de saúde desta pessoa; não ser empregado de uma seguradora de saúde; entre outras. Ora, não concordamos com tão rigorosa exigência, que acabaria por invalidar a certificação testemunhal.

²³⁴ Aproveitamos a oportunidade para revelar a nossa preferência pela utilização do termo RENDAV em vez do termo RENTEV, pelas mesmas razões que se indicaram no Capítulo I aquando da abordagem da terminologia DAV *versus* testamento vital e para que não se associe, erradamente, o ato de registo apenas a esta modalidade de DAV que é o testamento vital. O mesmo entendimento foi assinalado no Parecer n.º 22/2012 da CNPD, no qual este considera que a designação do registo a criar deveria ser conforme aos atos que serão objeto de inclusão no referido registo.

Em relação aos requisitos formais exigidos na elaboração de uma DAV, note-se que a LDAV não prevê nenhuma particularidade quando o outorgante constitua, adicionalmente ou exclusivamente, procurador de cuidados de saúde. Ora, não obstante essa versão ser, então, omissa no que toca a este aspeto, aconselhamos uma aproximação ao n.º 3 do artigo 5.º do Projeto de Lei n.º 21/XII/1.^a do BE²³⁵, devendo ainda constar no documento em causa os seguintes elementos:

- a) A declaração de constituição de procurador e seu substituto, com a identificação completa dos mesmos;
- b) As respetivas declarações de aceitação das pessoas nomeadas, devidamente assinadas e reconhecidas nos termos *supra* referidos.

Convém agora referir que, no caso de o outorgante recorrer à colaboração de um médico para se esclarecer e ser ajudado na elaboração da DAV, podem ainda constar no documento próprio a identificação e a assinatura do médico, “...se for essa a opção do outorgante e do médico...”, nos termos do n.º 2 do artigo 3.º da LDAV. Assim sendo, bastará um destes sujeitos não o desejar para que tanto a identificação, como a assinatura do médico não apareça no documento, uma vez que se tratam de pressupostos cumulativos. Com efeito, sublinhamos que o esclarecimento cabal por parte de um médico, sobre as opções e implicações da DAV que o outorgante deseja realizar, é meramente facultativo²³⁶ e, assim sendo, não existe a obrigatoriedade de se declarar expressamente que se rejeita esse esclarecimento (ao contrário do previsto na alínea b) do artigo 6.º do último Projeto de Lei do grupo parlamentar do PS que fazia depender o valor vinculativo do testamento vital do cumprimento deste requisito). Ora, se em termos teóricos podia considerar-se que uma DAV elaborada com a ajuda de um médico teria sempre um valor superior a uma DAV elaborada sem esse contributo (precisamente pela clara apresentação das situações clínicas abrangidas e os tratamentos médicos a aceitar e/ou recusar), a experiência holandesa é aqui elucidativa quanto a esta

²³⁵ Para além dos elementos indicados nas duas alíneas *supra* mencionadas, o Projeto do BE n.º 21/XII/1.^a na alínea c) do n.º 3 do seu artigo 5.º propunha que, caso fosse constituído um procurador de cuidados de saúde, deveriam obrigatoriamente também constar: “*As declarações de revogação, renúncia ou substituição de procurador de cuidados de saúde ou seu substituto, caso existam, devidamente assinadas e reconhecidas notarialmente.*”.

²³⁶ Laura Ferreira dos Santos, – *Testamento Vital*, ob. cit., pp. 81 e 82; 171 e 172 – defende que não deve existir a necessidade de uma participação médica na elaboração de uma DAV, à semelhança do que acontece na maior parte das legislações, por exemplo, na legislação espanhola (Lei n.º 41/2002, de 14 de Novembro de 2002), e por oposição ao que sucede na legislação austríaca, inteiramente defendida por André Pereira, *Declarações Antecipadas de Vontade...*, ob. cit., p. 56 (nomeadamente no que concerne ao fornecimento da informação necessária e à confirmação da capacidade do paciente para entender o que se lhe diz).

participação²³⁷. Ao contrário do que seria expectável, a proporção de diretivas escritas de forma genérica na referida jurisdição não diminuiu significativamente com a existência de uma intervenção de um médico na fase de esboço²³⁸. E a estes resultados dececionantes deve somar-se o facto de as DAV's redigidas sem acompanhamento de um suposto especialista registarem mais vezes a nomeação de um procurador de cuidados de saúde do que as DAV's realizadas com a participação de um médico²³⁹.

Considere-se agora que, de acordo com o n.º 1 do artigo 6.º da LDAV, o documento de DAV poderá²⁴⁰ constar no registo nacional adequado para o efeito ou ser entregue à equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde (pelo outorgante ou pelo procurador de cuidados de saúde), só produzindo efeitos nos casos em que o seu outorgante se encontre incapacitado de expressar pessoal e autonomamente a sua vontade.

No seguimento desta informação, mostra-se conveniente mencionar que a LDAV prevê expressamente no n.º 4 do seu artigo 7.º o dever dos serviços responsáveis pelo registo indicado informarem, por escrito, o outorgante da DAV e o procurador de cuidados de saúde (caso exista) da data de caducidade do documento, até sessenta dias antes do término do prazo de cinco anos e que não se encontra na LDAV norma semelhante à do n.º 4 do artigo 8.º do Projeto de Lei n.º 21/XII/1.^a do BE que previa que a renovação do testamento vital podia ocorrer noventa dias antes de concluído o prazo referido.

No que respeita à fixação do prazo, LAURA FERREIRA DOS SANTOS defende que a partir dos sessenta anos de idade²⁴¹ do outorgante, a DAV deveria passar a ter carácter definitivo, ou seja, não seria necessário realizar a sua renovação, isto porque entende que a partir dessa idade as escolhas pessoais são também mais “definitivas”, correspondentes a uma narrativa pessoal de valores já muito enraizada²⁴². Ora, a este propósito refira-se que já foi doutrinalmente colocada a hipótese de se criar uma idade máxima de capacidade. Assim, tal

²³⁷ Laura Ferreira dos Santos, *Testamento Vital*, ob. cit., p. 81.

²³⁸ Cristiano Vezzoni, *Advance Treatment Directives and Autonomy for Incompetent Patients. An Internacional Comparative Survey of Law and Practice, with Special Attention to the Netherlands*. Lewiston/Queenston/Lampeter: The Edwin Mellen Press, 2008:193 *apud* Laura Ferreira dos Santos, *idem*, ob. e loc. cit.

²³⁹ Laura Ferreira dos Santos, *ibidem*, ob. e loc. cit.

²⁴⁰ Apesar do registo da DAV não ser obrigatório, parece de aconselhar vivamente que se proceda ao mesmo, no sentido de tornar mais fácil e rápida a respetiva consulta.

²⁴¹ Parafraseando a autora “... a idade de sessenta anos não aparece como fruto de algum estudo «científico» – que me parece desnecessário –, mas fruto de uma opção razoável de «bom senso».”, vide Laura Ferreira dos Santos, *Testamento Vital*, ob. cit., p. 36.

²⁴² Laura Ferreira dos Santos, *idem*, ob. e loc. cit.

como os menores de dezoito anos são incapazes, também o seriam, v.g. os maiores de setenta anos. É óbvio que uma tal proposta criaria uma injustificada discriminação e uma estigmatização das pessoas dessa faixa etária, que na sua grande maioria governam com total autonomia e independência a sua pessoa e desempenham funções relevantes para a sociedade²⁴³. Mas, no cenário proposto pela doutrina, a DAV que tivesse sido realizada manter-se-ia automaticamente em vigor após o seu outorgante ter perfeito os setenta anos e não seria necessária a sua renovação, uma vez que o n.º 3 do artigo 7.º da LDAV prevê a sua validade quando ocorra a incapacidade do outorgante no decurso do prazo (cinco anos) de eficácia do documento.

Pela elevada importância que se reveste, passamos a reiterar a possibilidade do documento de DAV poder ser revogado ou modificado (total ou parcialmente) em qualquer momento, pelo seu autor. Mais, assinale-se que a sua modificação está sujeita à forma prevista para a redação inicial de uma DAV, mas o seu autor pode também modificar ou revogar o seu documento de DAV através de simples declaração oral²⁴⁴ ao responsável pela prestação de cuidados de saúde, devendo esse acontecimento ser inscrito no processo clínico, no RENTEV (se aí estiver registado) e comunicado ao procurador de cuidados de saúde (quando exista). De notar ainda que o prazo do documento de DAV se renova sempre que nele se introduzir uma alteração.

Importa também tecer um breve comentário sobre o dever de informação que, embora com algumas *nuances* ou diferenças, se encontrava presente em todos os projetos de lei que deram origem à LDAV e esta, por seu turno, optou por não reconhecer este dever, pois não se vislumbra nela qualquer disposição similar às que de seguida se enunciam. O artigo 18.º do Projeto de Lei n.º 21/XII/1.ª do BE referia que os estabelecimentos de saúde, tanto públicos como privados, seriam obrigados a disponibilizar em locais de fácil acesso e consulta pelos utentes quer a informação sobre o testamento vital e sobre o procedimento para a sua formalização, quer o modelo em suporte de papel do testamento vital. Por sua vez, o artigo 15.º do Projeto de Lei n.º 62/XII/1.ª do PS previa que os estabelecimentos de saúde, designadamente os centros de saúde e as unidades de saúde familiar, deviam informar os

²⁴³ André Pereira, *O consentimento informado...*, ob. cit., p. 223.

²⁴⁴ O Parecer n.º 22/2012 da CNPD rejeita esta faculdade, afirmando que se trata de “... *acolher o princípio de que se para outorgar é necessário respeitar determinado formalismo então, pelas mesmas razões, para modificar e/ou revogar igual formalismo deve ser adotado.*”; e atendendo ao cumprimento do princípio da atualização dos dados (alínea d) n.º 1 do artigo 5.º da LPD) – o que pode ser colocado em causa com a previsão do n.º 4 do artigo 8.º da LDAV.

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

Para terminar, refira-se que mediante pareceres prévios do CNECV e da CNPD, o ministério com a tutela da área da saúde aprova um modelo de DAV, que será de utilização meramente facultativa pelo outorgante, nos termos do n.º 3 do artigo 3.º da LDAV²⁴⁵.

1.2 Requisitos de capacidade

No que respeita aos requisitos de capacidade²⁴⁶, a LDAV determina que só os maiores de dezoito anos possam expressar que cuidados de saúde desejam (ou não) receber, caso se encontrem incapazes de transmitir a sua vontade. Refira-se que dos projetos de lei apresentados pelos grupos parlamentares, somente um – o do grupo parlamentar do CDS-PP – previa o alargamento desta possibilidade a emancipados nos termos legais, sendo inevitável no presente tema abordar-se a questão da possível emergência de uma nova capacidade/competência para consentir, em especial, de forma antecipada.

O conceito ético e legal de “competência”, utilizado com frequência na literatura de ética médica e de bioética, refere-se à capacidade para decidir autonomamente, pressupondo que a pessoa não só compreende a informação transmitida, como é também capaz de efetuar um juízo independente, de acordo com o seu sistema de valores²⁴⁷. Ora, não obstante alguns

²⁴⁵ O n.º 5 do artigo 5.º do Projeto de Lei n.º 21/XII/1.ª do BE acrescentava também que o mesmo ministério deveria disponibilizar esse modelo de DAV em suporte de papel pré-impresso, bem como em suporte digital *on-line*.

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

²⁴⁷ Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *Testamento Vital*, ob. cit., p. 99.

autores distinguirem os conceitos de competência e de capacidade para consentir²⁴⁸, utilizaremos indistintamente ambas as expressões, apesar de reconhecermos a vantagem que se conseguiria obter ao adotar-se o primeiro termo referido, construindo um instituto que se não confundiria com a clássica capacidade (negocial)²⁴⁹.

No nosso entendimento, a afirmação da maioridade para prestar consentimento na prática de atos médicos não deverá depender de critérios rígidos – nem se pode bastar com o simples recurso à idade – devendo, ao invés, ser aferida em função de cada caso concreto que determinará o grau de reconhecimento da autodeterminação do menor²⁵⁰. Assim, defendemos que a cada ser humano deverá ser reservada a competência para definir e conformar a sua própria vida²⁵¹ e o menor – inegável sujeito de direitos fundamentais – tem o direito a participar do processo de decisão sobre a sua vida e integridade pessoal²⁵².

Neste sentido, encontramos no artigo 12.º da CDC o direito da criança com capacidade de discernimento ou capacidade “decisional” dar a sua opinião às questões que lhe dizem respeito, devendo esta ser devidamente tomada em consideração, de acordo com a idade e a maturidade²⁵³. Por seu turno, no n.º 2 do artigo 6.º da CDHB estabelece-se que, quanto às crianças incompetentes para consentir (por patologia mental ou motivo similar) é necessário obter o consentimento do representante, autoridade, pessoa ou instância nos termos da lei interna de cada Estado, sendo imprescindível para a formação deste consentimento ter em consideração a opinião da criança, podendo nos termos do n.º 5 do artigo 6.º da CDHB ser afastado o poder representativo quando seja contrário ao superior interesse da criança²⁵⁴. Ademais, a opinião da criança será tanto mais vinculativa e autónoma quanto maior for o grau de capacidade de compreensão e decisão até, no limite, a verificação de plena competência para consentir²⁵⁵.

²⁴⁸ José Carlos Amado Martins [et al.], *Capacidade do doente para decidir. Avaliar para maximizar a autonomia*, Revista portuguesa de Bioética, Ano XIX, n.º9, Dezembro 2009, p. 310.

²⁴⁹ André Pereira, *O consentimento informado...*, ob. cit., p. 153 e o artigo 4.º do Projeto de Lei n.º 62/XII/1.ª do PS, o artigo 4.º do Projeto de Lei n.º 21/XII/1.ª do BE, o artigo 4.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD e o artigo 3.º do Projeto de Lei n.º 64/XII/1.ª do CDS-PP – que deram origem à versão aprovada e promulgada ora como LDAV e que se referem unanimemente ao termo “capacidade”.

²⁵⁰ Geraldo Rocha Ribeiro, *Quem ecide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)*, Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 7, n.º14, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 105.

²⁵¹ Geraldo Rocha Ribeiro, *idem*, ob. cit., p. 106.

²⁵² Geraldo Rocha Ribeiro, *ibidem*, ob. cit., p. 105.

²⁵³ Geraldo Rocha Ribeiro, *ibidem*, ob. cit., p. 108.

²⁵⁴ Geraldo Rocha Ribeiro, *ibidem*, ob. cit., p. 110.

²⁵⁵ Geraldo Rocha Ribeiro, *ibidem*, ob. e loc. cit.

Com efeito, a criança é uma pessoa plena, caracterizada por uma situação de vulnerabilidade e dependência (características igualmente atribuídas à pessoa doente, segundo o n.º 3 do artigo 39.º do CDOM), que exige e fundamenta as responsabilidades parentais enquanto instituto jurídico, mas dotada de competência e autonomia para se autodeterminar consoante a sua maturidade²⁵⁶. Ora, dispõem os artigos 122.º e 123.º do CC que os menores não detêm plena capacidade geral para agir, cabendo às responsabilidades parentais e, subsidiariamente, à tutela suprir esta incapacidade, segundo o estatuído nos artigos 124.º e 1921.º e seguintes do mesmo diploma legal.

No entanto, a estatuição de uma incapacidade geral de agir não deverá impedir o reconhecimento, em determinadas circunstâncias, da capacidade de agir concreta e circunstancial consoante a natureza do ato e maturidade da criança, como resulta da referência à capacidade natural do menor quanto aos atos patrimoniais da vida corrente, nos termos do n.º 1 alínea b) do artigo 127.º do CC²⁵⁷ e outras exceções que contendem com direitos pessoais tais como casar, perfilhar, testar, escolher uma religião ou ser adotado, respetivamente a alínea a) do artigo 1604.º, artigo 1850.º, alínea a) do artigo 2189.º, artigo 1886.º e alínea a) do n.º 1 do artigo 1981.º, todos também do CC²⁵⁸. Assim, o reconhecimento gradual de competências impõe-se à ordem jurídica, conferindo exceções à incapacidade geral de agir e a consequente consagração de “maioridades especiais”, “maioridades antecipadas” ou “emancipações parciais”²⁵⁹.

Atualmente, a nossa ordem jurídica fixa os dezasseis anos como a idade em que se presume a competência para consentir a realização de atos médicos²⁶⁰. Todavia, não basta a verificação desta idade²⁶¹ para que se conclua que a criança é competente para consentir, uma vez que a esta acresce a verificação atual e situacional de capacidade de discernir, segundo o

²⁵⁶ Geraldo Rocha Ribeiro, *ibidem*, ob. e loc. cit.

²⁵⁷ Geraldo Rocha Ribeiro, *ibidem*, ob. cit. p. 111.

²⁵⁸ André Pereira, *O consentimento informado...*, ob. cit., p. 166.

²⁵⁹ Veja-se o conceito jurídico de emancipação plena, previsto no artigo 132.º do CC e segundo o qual a criança, maior de dezasseis anos de idade (pressuposto referido na alínea a) do artigo 1601.º do mesmo diploma), se pode emancipar pelo casamento. O nosso estatuto de emancipado confere plena equivalência aos maiores de dezoito anos, de acordo com o previsto no artigo 133.º, salvo se a criança não tiver autorização dos pais para se casar, pois neste caso apenas não se assume como plenamente capaz quanto à administração dos seus bens próprios, nos termos do estatuído na alínea a) do artigo 1604.º e nos artigos 1627.º e 1649.º do CC, *vide* Geraldo Rocha Ribeiro, *Quem decide pelos menores?*..., ob. cit., p. 111.

²⁶⁰ Geraldo Rocha Ribeiro, *idem*, ob. cit., p. 126.

²⁶¹ A idade não é forçosamente sinónimo de maturidade, correspondendo antes aquela limitação aos interesses de ordem geral, de certeza e de segurança, com que o legislador entendeu dever rodear este instituto, Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina 7.ª reimp., 1994, p. 57.

disposto no n.º 3, *in fine*, do artigo 38.º do CP²⁶². Ora, aferida e comprovada a competência da criança para consentir uma determinada intervenção médica, de igual modo se terá que reconhecer a sua competência para a recusar, ou seja, optar pelo dissentimento²⁶³.

De realçar que para elaborar este juízo relacional da competência da criança tem que se recorrer não só à avaliação do grau de maturidade, mas também do grau de autonomia na sua vida em geral, a sua concreta compreensão do sentido e alcance da decisão a tomar, a gravidade da intervenção e o domínio ou a experiência da doença²⁶⁴. Desta forma, atente-se que o processo de decisão e consequente aferição de uma concreta capacidade para consentir²⁶⁵ é um processo dinâmico, que contém um conteúdo múltiplo de informação e no qual participam vários sujeitos²⁶⁶.

Acreditamos que caso se verifiquem preenchidos os dois requisitos mencionados, a idade e a capacidade de discernimento, podemos afirmar que a criança é plenamente competente para consentir, ou seja, tem a faculdade de se emancipar do cuidado dos pais e decidir sozinha²⁶⁷ e pessoalmente sobre a realização (ou não) de um determinado ato médico²⁶⁸. Assim, passa a deter o poder de decisão sobre si, quanto a uma decisão em concreto²⁶⁹.

Na verdade, se o juízo sobre a capacidade para consentir, no mesmo paciente, pode variar de caso para caso – em função da gravidade e da complexidade da intervenção proposta²⁷⁰ – defendemos que em relação aos menores não deverá ser diferente.

Tenha-se em conta que após solicitação da Comissão Parlamentar de Saúde e de acordo com o estatuído no n.º 2 do artigo 22.º da LPD (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro de 1998), a CNPD emitiu o Parecer n.º 22/2012 sobre o texto de substituição relativo às iniciativas acerca

²⁶² Geraldo Rocha Ribeiro, *Quem decide pelos menores?...*, ob. cit., p. 126.

²⁶³ Geraldo Rocha Ribeiro, *idem*, ob. e loc. cit.

²⁶⁴ Geraldo Rocha Ribeiro, *ibidem*, ob. e loc. cit.

²⁶⁵ Drane, em 1984 apresentou o modelo de “Escala móvel” para graduar o nível de competência mínimo requerido ao tipo de situação concreta. Este autor – *apud* Rui Coelho e Sónia Ramos, *Aspectos éticos da saúde mental (Parte II)*, ob. cit., p. 338, estabelece que, por exemplo, para recusar um tratamento indispensável, é necessário provar um grau de capacidade muito superior ao que se exige para consentir uma medida sem riscos ou sem caráter urgente. Contudo, deve ter-se em conta que nestas situações não é só o diagnóstico psiquiátrico que deve orientar o perito, mas também os traços de personalidade do doente, o seu nível cultural, as pressões a que está submetido, entre outros vetores.

²⁶⁶ Geraldo Rocha Ribeiro, *Quem decide pelos menores?...*, ob. cit., p. 131.

²⁶⁷ Guilherme de Oliveira – embora perante outro contexto jurídico – frisa que se deve respeitar o máximo possível o poder paternal, defendendo inclusivamente que se o médico não pedir o consentimento aos pais para realizar o tratamento a um menor, deve responder civilmente por desrespeito pelo poder paternal do representante, *vide* André Pereira, *O consentimento informado...*, ob. cit., p. 236.

²⁶⁸ Geraldo Rocha Ribeiro, *Quem decide pelos menores?...*, ob. cit., p. 127.

²⁶⁹ Geraldo Rocha Ribeiro, *idem*, ob. cit., p. 130.

²⁷⁰ André Pereira, *O consentimento informado...*, ob. cit., p. 157.

das DAV's – o Projeto de Lei n.º 62/XII/1.^a do PS, o Projeto de Lei n.º 21/XII/1.^a do BE, o Projeto de Lei n.º 63/XII/1.^a do PPD/PSD e o Projeto de Lei n.º 64/XII/1.^a do CDS-PP. No referido parecer da CNPD critica-se, então, o facto de no tocante aos requisitos de capacidade se exigir a maioridade, tendo sido também citados vários dos instrumentos de direito internacional *supra* mencionados para justificar o entendimento de que não só aos maiores de dezoito anos deverá ser permitido realizar DAV's²⁷¹.

Contrariamente ao estatuído na LDAV, propugnamos que também aos menores com capacidade para consentir deverá ser possível a redação das DAV's²⁷², tendo por base, para além dos preceitos legais acima indicados, o previsto no artigo 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ou o disposto no artigo 28.º da última versão da Declaração de Helsínquia da Associação Médica Mundial – *Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects*, que demonstram a importância da opinião do menor.

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

Ora, no que concerne ao paciente estar “esclarecido”, em vez de defendermos a participação obrigatória de um médico – que de acordo com o que foi referido não é considerado requisito obrigatório na LDAV – entendemos que devem prever-se meios de informação, tais como programas e protocolos (por exemplo de iniciativa governamental), intervenções específicas junto das populações, debates em associações, disseminação de formulários de acordo com os requisitos legais exigidos (mas suficientemente flexíveis para possibilitar a explicitação de opções individuais), inserção da problemática em disciplinas

²⁷¹ Em declaração de voto no final do parecer da CNPD, de Luís Lingnau da Silveira, Presidente daquela Comissão, defende que mesmo os menores, por exemplo com 16 anos, devem poder exercer este direito, afirmando que a nível interno e internacional “... por força, da CDC (que é direito português, e, nos termos do artigo 8.º da Constituição, sobreleva mesmo a lei ordinária...)”.

²⁷² Não partilhamos do entendimento de Rui Nunes e Helena Pereira de Melo – Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *Testamento Vital*, ob. cit., p. 130-131 e p. 190 (nota 55) – que, com base no princípio da precaução defende que as DAV, pelo menos nesta fase (sublinhado nosso), devem ser reservadas apenas para pessoas com clara capacidade decisional, conforme havia referido no Parecer n.º P/05/APB/06 sobre diretivas antecipadas de vontade: “Atenta a gravidade das eventuais consequências da elaboração de uma DAV parece-nos que a capacidade para a mesma se deve situar nunca antes dos dezoito anos. Embora o menor, se se encontrar consciente e tiver capacidade de discernimento para entender aquilo em que está a consentir, possa recusar uma transfusão de sangue a partir dos 16 anos, parece-nos que se se encontrar inconsciente deve operar o princípio *in dubio pro vita*, até atingir os 18 anos.”.

escolares, recurso aos *media* e investimento num programa de computador similar ao que Benjamin H. Levi e Michael Green criaram nos EUA, intitulado *Making Your Wishes Known: Planning Your Medical Future*²⁷³.

1.3 O conteúdo das determinações das DAV's

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

1. Negar a ventilação e reanimação cardiorrespiratória, ou seja, o suporte artificial das funções vitais;
2. Não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado no seu quadro clínico (existindo mesmo a proibição do encarniçamento terapêutico, comportamento previamente abordado no Capítulo II) e de acordo com as boas práticas profissionais, nomeadamente recusar ser alimentado e hidratado artificialmente, quando tal signifique apenas adiar o processo natural de morte;
3. Receber (ou não) os cuidados paliativos adequados à sua situação de saúde²⁷⁴;
4. Declinar ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental;
5. Autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos.

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

²⁷³ Em primeiro lugar visa o planeamento antecipado dos cuidados de saúde que se desejam quando já não se puder falar por si próprio (*advanced care planning*, um termo frequentemente utilizado nos países de língua inglesa), acabando por transformar as opções tomadas ao longo do programa numa DAV que surge no final, em formato *pdf*, armazenada numa base de dados *online*, de modo a que o seu autor, e apenas ele, possa revisita-la e alterá-la quando quiser, com o código de acesso e *login* que lhe tiver sido fornecido. Este programa adaptou algumas partes do livro de Robert A. Pearlman, que foi alvo de duras críticas, Laura Ferreira dos Santos, *idem...*, ob. cit., p. 86 e 134-138. Veja-se, na obra citada, p. 142 e 143, os dez pontos em que os autores do programa descrevem as suas finalidades.

²⁷⁴ Nas palavras da alínea c) do n.º 2 do artigo 2º da LDAV: “*Receber os cuidados paliativos adequados ao respeito pelo seu direito a uma intervenção global no sofrimento determinado por doença grave ou irreversível, em fase avançada, incluindo uma terapêutica sintomática apropriada...*”.

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

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

Note-se que na LDAV não se encontra qualquer previsão sobre o direito a não saber (tratado no Capítulo II), que estava expressamente previsto no n.º 2 do artigo 4.º do Projeto de Lei n.º 62/XII/1.^a do PS e no n.º 2 do artigo 5.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.^a do PPD/PSD²⁷⁵. No entanto, de acordo com o *supra* esclarecido as disposições que contendam com o direito a não saber poderão ser inseridas nos documentos de DAV's, devendo atender-se à ressalva do Projeto de Lei do PS “... salvo em caso de perigo para a saúde ou a vida de terceiros ou para a saúde pública.”.

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

- a) não podem ser contrárias à lei, à ordem pública²⁷⁶ ou às boas práticas (*leges artis*);
- b) o seu cumprimento não pode provocar deliberadamente a morte não natural e evitável, tal como prevista nos artigos 134.º e 135.º do CP (referindo-se, respetivamente, à proibição do homicídio a pedido da vítima e do incitamento ou ajuda ao suicídio);
- c) o outorgante tem que ter expressado de forma clara e inequívoca a sua vontade.

²⁷⁵ O *supra* citado Projeto de Lei do PS previa então que: “Podem constar do testamento vital as disposições que expressem a vontade do outorgante de não receber informação sobre o seu estado de saúde, salvo em caso de perigo para a saúde ou a vida de terceiros ou para a saúde pública.”. O acima mencionado Projeto de Lei do PPD/PSD, por sua vez, previa: “Podem ainda constar do documento de directivas antecipadas de vontade disposições que expressem a vontade do outorgante de não receber informação sobre o seu estado de saúde em caso de prognóstico fatal.”.

²⁷⁶ O n.º 1 do artigo 81.º do CC estabelece uma cláusula geral referindo que “Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública.”. Esta norma jurídica constitui uma clara manifestação do n.º 2 do artigo 280.º do referido diploma legal, segundo o qual é nulo o negócio contrário à ordem pública, vide José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral, Introdução, as pessoas, os bens*, vol. I, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 93. Surge então como recorte da própria noção de objeto negocial possível aberto no campo da autonomia privada, mas ainda assim, diga-se que esta matéria não é isenta de polémica porquanto constituindo a ordem pública um limite, poderá ser também fundamento para a disponibilidade de determinado direito fundamental, segundo o entendimento de Luísa Neto, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo...*, ob. cit., p. 475.

Defendemos que toda a pessoa (desde que cumpra os requisitos legais exigidos) deve poder decidir se consente ou não determinados tratamentos médicos que poderá vir a necessitar num momento futuro, pois essa manifestação de vontade não se mostra contrária à ordem pública. Por “ordem pública”, uma noção de si difícil – ou não fosse ele um conceito indeterminado – parece dever entender-se o conjunto dos princípios fundamentais subjacentes ao sistema jurídico que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e que tem uma acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas²⁷⁷ e pelo que são inderrogáveis pela vontade dos indivíduos²⁷⁸.

Neste sentido, a elaboração de uma DAV não deverá ser vista como contrariando a ordem pública, pois acreditamos que está na disponibilidade de cada um, a possibilidade de aceitar ou negar atos que objetivamente violem certos aspetos/direitos de que são titulares. Relativamente à questão de estarmos perante direitos supostamente indisponíveis, esta foi já colocada e por nós comentada no Capítulo II, onde nos pronunciámos no sentido de que (no que respeita à elaboração da DAV) estamos diante um dos casos que deverá ser reconhecido como cabendo nas situações em que os seus titulares podem limitar o exercício de algum desses direitos. Assim, entendemos que não se está perante uma situação em que se reduz a pessoa à condição de objeto ou de não-pessoa – nesses casos o bem jurídico deve ser considerado indisponível²⁷⁹ –, mas é precisamente contra essa coisificação da pessoa que concordamos e defendemos a possibilidade de se delegar direitos fundamentais. Diferentemente de CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE considera válida a renúncia à integridade física para operação de estética, mesmo que o risco seja elevado e os eventuais resultados escassos. O último autor mencionado concretiza referindo que será nulo, por exemplo, o consentimento (negocial) na lesão do bem “vida”, mas o consentimento para intervenções médicas (e dissentimento, acrescentamos nós) já constitui renúncia lícita ao direito à integridade física²⁸⁰. Entende também que os próprios bens da vida e da integridade pessoal podem ser sacrificados, total ou parcialmente, em determinadas situações²⁸¹.

²⁷⁷ Carlos Alberto Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit. pp. 557 e 558.

²⁷⁸ Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 3.^a ed., 1992, p. 254.

²⁷⁹ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, ob. cit., p. 256.

²⁸⁰ José Carlos Vieira de Andrade, *idem*, ob. e loc. cit.

²⁸¹ José Carlos Vieira de Andrade, *ibidem*, ob. cit., p. 300.

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

Também não se compreende a forma como se encontra redigido o artigo 5.º da LDAH que prevê para todas as situações acima indicadas, a cominação da inexistência jurídica – prevista em diversos projetos de lei²⁸² – tendo como resultado a não produção de qualquer efeito. No nosso entendimento seria mais adequado dizer-se que nas condições indicadas as DAV's não serão obrigatoriamente respeitadas, apesar de defendermos que devem ser (pelo menos) tomadas em consideração.

Mais, este documento não será ainda respeitado quando:

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

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

Nas recomendações da CNPD surgiram algumas críticas, tais como a disposição ser contrária ao espírito da lei, dado que está em causa a manifestação antecipada de uma vontade consciente e se determina o prazo de eficácia de cinco anos²⁸³ para as DAV's, realçando-se

²⁸² Quando nos documentos de DAV's não se tivesse expressado clara e inequivocamente as intenções do seu autor, o último Projeto de Lei do grupo parlamentar do PPD/PSD, em vez da inexistência jurídica previa assim: “São nulos o testamento de paciente e a procuração de cuidados de saúde em que os outorgantes não tenham expressado, clara e inequivocamente, a sua vontade.”.

²⁸³ O Projeto de Lei inicial apresentado pela Associação Portuguesa de Bioética e os últimos Projetos de Lei dos grupos parlamentares do PSD e do CDS-PP previam um prazo de eficácia menor, de apenas três anos. Cfr. o Parecer da CNPD, que contraria o prazo de eficácia definido para o testamento vital, cinco anos a contar da

que caso o outorgante se torne incapaz durante este período manter-se-á válida²⁸⁴. Com efeito, na LDAV não bastará que um terceiro presuma, mas será antes necessário comprovar que efetivamente o outorgante não desejaria manter a diretiva que redigiu.

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

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

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

Para além das situações já analisadas, no caso de urgência, a equipa médica responsável não tem o dever de ter em consideração as DAV's, se a tentativa em aceder às mesmas puder implicar uma demora que agrave, de forma previsível, os riscos para a vida ou a saúde do outorgante²⁸⁵. Prevê-se, desta forma, uma exceção à consulta do RENTEV por parte do médico responsável pela prestação de cuidados de saúde a pessoa incapaz de expressar livre e

assinatura (sucessivamente renovável), até porque o mesmo projeto define que, se a incapacidade ocorrer dentro do prazo, as diretivas mantêm-se.

²⁸⁴ Pode aqui surgir um problema, o facto de a pessoa ter, entretanto, ficado incapacitada para proceder à renovação. Nesse caso, por prudência, algum familiar ou o procurador de cuidados de saúde, se existir, deveria comunicar formalmente esse acontecimento e enviar para os serviços respetivos uma declaração médica a informar da alteração do estado de saúde da pessoa, uma vez que de outro modo há a possibilidade que lhe caduquem a DAV, como lembra Laura Ferreira dos Santos, *Testamento Vital...*, ob. cit., p. 88.

²⁸⁵ De acordo com o artigo 8.º da CDHB e com a alínea a), do n.º 2 do artigo 156.º do CP, referente a intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários que estabelece: "*O facto não é punível quando o consentimento: a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde...*".

autonomamente a sua vontade – pesquisa essa que tem como objetivo assegurar a existência ou inexistência de uma DAV.

1.4 Eficácia das DAV's

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

Quanto ao Projeto de Lei n.º 62/XII/1.^a do PS encontravamos previsto no seu artigo 6.º em epígrafe “[t]estamento vital vinculativo”, atribuindo assim o efeito vinculativo ao documento de testamento vital, desde que se encontrassem preenchidos os seguintes requisitos: a) o testamento vital constar de documento escrito, lavrado em condições de esclarecimento e liberdade, e a assinatura ter sido reconhecida presencialmente perante um notário ou um funcionário do RENDAV; b) o outorgante ter apresentado ao notário ou ao funcionário do RENDAV um documento assinado pelo médico responsável pelo esclarecimento, onde se ateste que o outorgante foi cabalmente esclarecido sobre as opções e implicações das diretivas que a pessoa desejou manifestar, salvo se o outorgante expressamente declarou que rejeita o referido esclarecimento; c) o testamento vital deve ter sido lavrado ou alterado há menos de cinco anos e deve identificar com rigor e precisão o tratamento ou intervenção que deseja recusar.

Relativamente ao procurador de cuidados de saúde, dispunha o n.º 1 do artigo 9.º do mesmo projeto que as decisões tomadas por esse representante (ou seu substituto) são vinculativas, nos limites dos poderes representativos que lhe competem e se o respetivo documento de nomeação cumprir os requisitos previstos.

Por sua vez, o n.º 8 do artigo 8.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.^a do PPD/PSD referia que a eficácia da DAV dependeria, nomeadamente, da participação de um médico no esclarecimento cabal do outorgante sobre o alcance da decisão de elaborar um “testamento de paciente” ou de designar um procurador de cuidados de saúde. Quanto a este último, em concreto, cuidava o artigo 16.º deste Projeto de Lei ao referir que as suas decisões, tomadas nos limites dos poderes representativos que lhe competem, “...*devem ser tidas em consideração...*” pelo médico responsável e pelos restantes membros da equipa que presta cuidados de saúde ao outorgante, dentro dos limites fixados “...*na presente lei...*” e “...*atendendo-se, ainda, para aquele efeito, ao facto de o procurador ser ou não familiar do outorgante.*”. Ora, esta última referência poderia ser facilmente entendida se considerarmos a já indicada preferência (prevista no n.º 2 do artigo 15.º do referido Projeto de Lei) pela designação de um familiar do outorgante para ser constituído seu procurador de cuidados de saúde. A comprovar a eficácia meramente indicativa/indiciária existe o n.º 2 do *supra* indicado artigo 16.º do mesmo projecto, porquanto estabelece que o parecer do procurador de cuidados de saúde sobre matéria contidas no documento de DAV, “...*prevalece sobre qualquer outro parecer não médico salvo o do outorgante ...*”.

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

Em relação ao derradeiro valor que no ordenamento jurídico português será atribuído às DAV's, note-se que, desde que obedeçam aos requisitos exigidos pela LDAV, estas “...*serão*

respeitadas...”. É-lhes, portanto, reconhecido efeito vinculativo, com base no disposto no n.º 1 do artigo 6.º e no n.º 1 do artigo 13.º, ambos da LDAV²⁸⁶.

2. Nomeação e poderes do Procurador de Cuidados de Saúde

Iniciamos a presente temática com a indicação de que no que contende com a procuração de cuidados de saúde remetemos para o que foi tratado previamente no Capítulo II.

No que respeita à nomeação de um procurador de cuidados de saúde, assinala-se que a formulação do artigo 11.º da LDAV não nos parece ser a mais adequada, porquanto o seu n.º 1 prevê que “[q]ualquer pessoa pode nomear ...” e o seu n.º 2 refere “[s]ó podem nomear e ser nomeadas procurador de cuidados de saúde as pessoas que preencham os requisitos do artigo 4.º ...” que se referem à capacidade exigida para redigir um documento de DAV e sobre os quais anteriormente nos detivemos. Ora, de acordo com o já citado Parecer n.º 59/CNECV/2010, qualquer pessoa maior de idade e na posse das suas capacidades e direitos pode ser constituída procurador de cuidados de saúde (se aceitar). Na verdade, e conforme referido no Capítulo II, por norma o representante não necessita de ter plena capacidade legal, mas nos termos do artigo 263.º do CC carece da capacidade natural de entender e querer, exigida pela natureza do negócio que haja de efetuar²⁸⁷.

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

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

Ora, do segundo impedimento citado, note-se que se excetua as pessoas que tenham uma relação familiar²⁸⁸ com o outorgante, nos termos do n.º 4 do artigo *supra* citado. Ao que

²⁸⁶ Na opinião de André Pereira, deveria antes vigorar no nosso país um sistema dualista – indicativas e vinculativas –, à semelhança do que rege na Áustria e ao que é defendido no n.º 1 do princípio 15.º do apêndice à Recomendação CM/REC (2009) 11 do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre Continuing Powers of Attorney and Advance Directives for Incapacity. As DAV’s indicativas estariam sujeitas a requisitos formais, procedimentais e substanciais menos rigorosos, ao passo que as DAV’s vinculativas teriam que passar pelo crivo apertado no plano formal e procedimental, André Pereira, *Declarações Antecipadas de Vontade...*, ob. cit., p. 56.

²⁸⁷ Carlos Alberto Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 543.

²⁸⁸ Mencionámos já que a versão da LDAV não inclui em qualquer momento as “definições” que encontrávamos logo no início dos projetos de lei. Para este tópico convém referir que o Projeto de Lei do PPD/PSD definia então o que se deveria considerar por “familiar” sendo “... a pessoa ou pessoas designadas pelo doente ou, em caso de menores ou pessoas sem capacidade de decisão, pelo seu representante legal, com quem o doente tem

tudo indica, com estas restrições visa-se assegurar que as preferências e os valores do representado tenham mais hipóteses de serem efetivamente respeitados. A família²⁸⁹ ocupa um lugar de grande relevo na prestação de cuidados de saúde, sendo sobre ela que muitas vezes recai o encargo de tratar o doente, o que tem até relevância jurídica²⁹⁰. Todavia, pese embora o papel de relevo que recai sobre a família, entendemos que este não deverá ser reforçado em detrimento da autonomia da pessoa.

Sem prejuízo da opção assumida na LDAV ora em apreço, consideramos que o potencial procurador de cuidados de saúde, sendo proprietário ou gestor da entidade que administra ou presta cuidados de saúde ao outorgante não deverá ser impedido de o poder ser, mas uma vez que podem surgir conflitos de interesses²⁹¹ – familiares e económicos – que poderiam “contaminar” ou “anestesiar” a isenção e imparcialidade do procurador de cuidados de saúde no cumprimento da vontade do outorgante, deveria existir uma supervisão de um terceiro, que poderia ter sido nomeado pelo outorgante ou, em alternativa, seria nomeada uma autoridade competente, nos termos do recomendado pelo princípio 12.º do apêndice à citada Recomendação CM/REC (2009) 11.

Ora, o n.º 2 do artigo 12.º do Projeto de Lei n.º 21/XII/1.ª do BE previa ainda um outro caso que impossibilitava a nomeação de procurador de cuidados de saúde aos “...*profissionais de saúde*...”, exceção essa que se encontrava inserida na alínea b) do citado preceito. Porém, note-se que – contrariamente à LDAV – este Projeto de Lei do BE não incluía na lista de restrições os funcionários “...*do cartório notarial que intervenham nos atos regulados pela lei em análise*...”. Por seu turno, o n.º 2 do artigo 15.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD previa um elenco que impossibilitava também de serem designados procuradores de cuidados de saúde: o notário em cuja presença é assinado o documento de DAV, as testemunhas perante as quais se formaliza o documento de DAV e as pessoas que exercem atividade profissional no estabelecimento de saúde onde serão aplicadas as DAV’s.

uma relação próxima, podendo ter ou não laços de parentesco com este;”. Não é fácil definir esta entidade social e jurídica, numa época de grandes transformações do direito da família, alertando-nos para esse facto André Pereira in André Pereira, *O consentimento informado* ..., ob. cit., p. 210.

²⁸⁹ Veja-se o n.º 3 do artigo 16.º da DUDH que prevê “*A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado.*”.

²⁹⁰ Confirme-se no CC o artigo 1672.º e n.º 1 do artigo 1674.º: “*O dever de cooperação importa para os cônjuges o dever de socorro e auxílio mútuos*...”; e o n.º 1 do artigo 1874.º: “*Pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência.*”, vide André Pereira, *O consentimento informado* ..., ob. cit., pp. 207 e 208.

²⁹¹ No n.º 3 do artigo 9.º do Projeto de Lei n.º 62/XII/1.ª do PS encontrava-se a seguinte previsão: “*As decisões do procurador de cuidados de saúde não são respeitadas quando se demonstre fundamentadamente que existe um conflito de interesses entre o procurador e o outorgante.*”.

O n.º 2 do artigo 13.º do Projeto de Lei n.º 64/XII/1.^a do CDS-PP previa um elenco semelhante ao acima indicado, mas contrariamente àquele Projeto do PPD/PSD, não incluía as testemunhas perante as quais se formalizou o documento de DAV e quanto aos profissionais de saúde é um pouco menos abrangente, pois na sua alínea c) estabelecia que não poderiam ser designados procuradores de cuidados de saúde os profissionais de saúde, mas apenas quando integrem a equipa de cuidados de saúde responsáveis pela aplicação do plano terapêutico do outorgante. Assim, esta restrição tem um alcance menor do que a *supra* referida, pois para aquela basta estar-se perante uma pessoa (não apenas profissionais de saúde) e que exerça a sua atividade profissional no estabelecimento de saúde onde será aplicada ao outorgante sua DAV. Portanto, não se exige que caso seja profissional de saúde integre a equipa de cuidados de saúde em concreto que aplicará a DAV. O Projeto de Lei n.º 62/XII/1.^a do PS não previa qualquer elenco de restrições similar aos que foram mencionados, apenas referindo no n.º 2 do seu artigo 8.º que poderá ser procurador de cuidados de saúde a pessoa maior e com plena capacidade de exercício de direitos²⁹².

Destarte, atendendo às situações *supra* mencionadas que certamente podem ocorrer prevê-se que o outorgante inicialmente possa (e deva por motivos de prudência) designar um ou vários substitutos do procurador de cuidados de saúde nomeado. A este propósito, verifique-se que a versão LDAV nada refere sobre a possibilidade de serem nomeados vários procuradores em vez de somente um, prevendo apenas o n.º 5 do artigo 11.º dessa versão, a possibilidade de nomear um segundo procurador “... *para o caso de impedimento do indicado.*”. Ora, estamos em crer que a nomeação de vários procuradores deve ser permitida e quando assim se fizer, deverá sempre assinalar-se se os procuradores de cuidados de saúde nomeados decidem em conjunto (exigindo-se que seja prevista uma maioria a definir no documento de DAV) ou sucedaneamente (por exemplo, poderá fixar-se que um será o principal e outro o secundário)²⁹³. De qualquer modo, alertamos que quantas mais pessoas puderem pronunciar-se legalmente acerca de decisões a tomar, mais a conflitualidade poderá

²⁹² A propósito destes requisitos para nomear um procurador de cuidados de saúde, o n.º 1 do artigo 15.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.^a do PPD/PSD referia que essa designação deverá ser efetuada “*preferencialmente*” de entre familiares do outorgante.

²⁹³ Conforme previa o n.º 4 do artigo 16.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.^a do PPD/PSD e o n.º 4 do artigo 8.º do Projeto de Lei n.º 62/XII/1.^a do PS, afirmando este último que: “*Se, no documento de directivas antecipadas de vontade, forem designados vários procuradores de cuidados de saúde, deve ser indicado se estes exercem os seus poderes de representação de forma simultânea ou sucessiva.*”.

aumentar, por isso não é recomendável nomear vários procuradores (substitutos ou principais)²⁹⁴.

Convém ainda referir que, pese embora nada conste na LDAV, sendo o procurador de cuidados de saúde o cônjuge, em caso de divórcio essa nomeação deveria ser automaticamente tornada ineficaz, a não ser que se preveja expressamente o seu inverso²⁹⁵. E para além dessa situação, outra hipótese em que a revogação automática deveria operar – e não está também prevista na versão mencionada – é o caso do outorgante apresentar queixa criminal contra o procurador de cuidados de saúde.

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

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

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

Nos termos do n.º 1 do artigo 11.º da LDAV, quando o outorgante tiver nomeado um procurador de cuidados de saúde é possível ter manifestado que, caso se encontre incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente, recaia sobre a segunda personagem

²⁹⁴ Laura Ferreira dos Santos, *Testamento Vital*, ob. cit., p. 65.

²⁹⁵ É dito no n.º 3 do artigo 19.º do Projeto de Diploma n.º P/06/APB/09 que “*Se tiver sido nomeado procurador de cuidados de saúde o cônjuge ou pessoa com quem o outorgante vive em união de facto, a procuração extingue-se com a dissolução do casamento ou da união de facto, salvo declaração em contrário do outorgante.*” e também nos Projetos de Lei que resultaram na LDAV (n.º 6 do artigo 14.º do Projeto de Lei n.º 21/XII/1.ª do BE, n.º 3 do artigo 17.º do Projeto de Lei n.º 63/XII/1.ª do PPD/PSD e n.º 3 do artigo 15.º do Projeto de Lei n.º 64/XII/1.ª do CDS-PP), à exceção do Projeto de Lei n.º 62/XII/1.ª do PS. Veja-se a tese perfilhada por Laura Ferreira dos Santos que propõe que a extinção deve dar-se com a instauração da ação de divórcio, salvo declaração em contrário do outorgante, Laura Ferreira dos Santos, *idem*, ob. cit., p. 68.

referida o poder de decidir se aceita ou recusa determinado ato ou tratamento médico que o outorgante venha a necessitar. Só então nestas condições poderá decidir ²⁹⁶.

Conforme mencionado *supra* no presente trabalho poderá o procurador de cuidados de saúde ficar também responsável por enviar aos serviços respetivos uma declaração médica a informar da alteração do estado de saúde do outorgante, assim impedindo a caducidade da DAV²⁹⁷.

Importa também sublinhar que em caso de conflito entre as disposições formuladas no documento do testamento vital e a vontade do procurador de cuidados de saúde prevalece a vontade do outorgante (expressa naquele documento), segundo o disposto no n.º 2 do artigo 13.º da LDAV ²⁹⁸. Ora, os autores que defendem a superioridade do testamento vital face à possibilidade da nomeação do procurador de cuidados de saúde, têm em consideração o facto deste último documento ter sido firmado pelo próprio interessado e por este motivo afirmam ser mais fiéis à vontade manifestada por este. Todavia, entendemos que o outorgante, ao depositar livre e espontaneamente a sua confiança numa determinada pessoa, está também aí a manifestar uma vontade que não deve ser desrespeitada ou sofrer maiores desconfianças. Portanto, não estamos de acordo com tal primazia, pois entendemos que a vontade do procurador de cuidados de saúde tem uma vantagem evidente de que o testamento vital não comunga, qual seja o facto de ser (mais) atual²⁹⁹. De facto, é sobejamente conhecido que apesar de todas as cautelas havidas na elaboração de um documento escrito, não raras vezes a vontade declarada não corresponde à desejada. Assim, se existe um procurador de cuidados de saúde, por iniciativa do outorgante, seria melhor prevalecer a opinião deste. No entanto, no nosso entendimento, a solução mais desejável será conceder ao autor da DAV o poder de decidir (em caso de conflito) a que entidade dá primazia, só se este não o fizer é que entendemos que deveria prevalecer a vontade do procurador de cuidados de saúde.

²⁹⁶ Portanto, este poder tem de ter sido (expressamente) concedido ao procurador, *vide* Laura Ferreira dos Santos, *ibidem*, ob. cit., p. 64.

²⁹⁷ Neste sentido veja-se Laura Ferreira dos Santos, *ibidem*, ob. cit., p. 88.

²⁹⁸ A LDAV prevê no n.º 2 do seu artigo 13.º a redação seguinte: “*Em caso de conflito entre as disposições formuladas no documento de Diretivas Antecipadas de Vontade e a vontade do procurador de cuidados de saúde, prevalece a vontade do outorgante expressa naquele documento.*”, o que no nosso entendimento parece denotar uma certa confusão dos termos que utiliza.

²⁹⁹ No SNS, os doentes inscritos para cirurgia nas listas de espera oficiais prestam consentimento muitos meses antes de a cirurgia ser efetivamente realizada. Assim, ainda que o consentimento devesse ser reforçado imediatamente antes da operação cirúrgica, tal não acontece frequentemente, pelo que o consentimento obtido produz efeitos de modo diferido no tempo e não no momento atual da sua obtenção, *vide* Rui Nunes, Estudo n.º E/17/APB/10 – Testamento Vital, p. 5.

Na procuração de cuidados de saúde, o outorgante deve poder também indicar a pessoa ou as pessoas que o procurador de cuidados de saúde deverá consultar antes de tomar uma decisão definitiva sobre um qualquer tratamento³⁰⁰, assim como rejeitar a pessoa ou pessoas que não quer, em caso algum, que o representem³⁰¹.

Deve ainda ser permitido incluir-se o poder de facultar (ou não) o acesso ou revelação de dados de saúde, que são dados sensíveis e o poder de internar o representado, decidindo também sobre a escolha da residência³⁰².

Por fim, assumimos que a efetividade deste instituto dependerá do paciente e o procurador de cuidados de saúde terem previamente conversado sobre as opiniões do primeiro relativamente aos seus valores e às opções que tomaria numa determinada situação se tivesse capaz³⁰³.

É fundamental que a pessoa escolhida para ser procurador de cuidados de saúde seja suficientemente assertiva para exigir o cumprimento da vontade do outorgante e reconheça que irá falar em defesa dos valores deste, sabendo que irá defender, não a sua própria perspetiva, mas o que o outorgante consideraria melhor para si. Quem não é capaz de fazer esta separação não deverá ser nomeado procurador de cuidados de saúde, nem tão-pouco aceitar tal tarefa³⁰⁴.

Assim, o padrão ou os critérios pelos quais se pode reger um procurador de cuidados de saúde, para decidir pela pessoa incapaz, podem ser diferentes dos que orientam um tutor, o Tribunal, o Ministério Público, ou o médico. Na verdade, foi fortemente discutido se o padrão que deve pautar a conduta do procurador de cuidados de saúde deve ser o dos “melhores desejos” (*best wishes*) ou o do “melhor interesse” (*best interest*)³⁰⁵.

No nosso entendimento, o procurador de cuidados de saúde deve estar vinculado ao que o representado determinou antecipadamente, tendo aliás definido quais os poderes a serem atribuídos ao procurador de cuidados de saúde. Assim, terá sempre que decidir, em princípio, com base no primeiro padrão *supra* indicado, também designado comumente por

³⁰⁰ No mesmo sentido veja-se Laura Ferreira dos Santos, *Testamento Vital*, ob. cit., 2011, pp. 36 e 37.

³⁰¹ Na esteira de Laura Ferreira dos Santos, *idem*, ob.cit., p. 142.

³⁰² Paula Távora Vítor, *Procurador para cuidados de saúde: importância de um novo decisor*, Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, n.º 1 Janeiro/Junho, 2004, p. 131.

³⁰³ Veja-se André Pereira, *O consentimento informado...*, ob. cit., p. 241.

³⁰⁴ Entendimento perfilhado por Laura Ferreira dos Santos, *Testamento Vital*, ob. cit., p. 66.

³⁰⁵ Paula Távora Vítor, *Procurador para cuidados de saúde*, ob. cit., p. 128.

“julgamento substitutivo” e só quando tal não for possível (por se desconhecer o quadro de valores do outorgante) deverá imperar a doutrina do “melhor interesse”³⁰⁶.

Finalizaremos este assunto apelando que não se esqueça que ter deixado apenas uma declaração de desejos e instruções é diferente de se ter (também) deixado uma voz viva que defende as nossas opções perante seja quem for³⁰⁷.

³⁰⁶ Neste sentido veja-se Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *Testamento Vital*, ob. cit., p. 132.

³⁰⁷ Laura Ferreira dos Santos, *Testamento Vital*, ob. cit., p. 37.

CONCLUSÃO

Nos primeiros passos do nosso estudo elaborámos uma breve resenha histórica sobre as principais transformações que se fizeram sentir na relação médico-paciente, o que nos permitiu concluir que este último sujeito pretende ver reforçado o seu envolvimento nas questões de foro médico que se lhe coloquem, tornando-se, por conseguinte, mais exigente, participativo e reivindicativo no âmbito daquela relação.

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

Na sequência do exposto, e dado que o tema central do trabalho que agora findamos é justamente a figura do procurador de cuidados de saúde chamou-se à colação o instituto jurídico próprio da representação, o qual dota o representante de alguma liberdade no exercício representativo, liberdade esta que se caracteriza pela atuação com base na emissão de uma vontade própria do representante/procurador. Concluímos, então, ser este o ponto fundamental para a distinção entre o procurador e um mero nuncio³⁰⁸, o que nos direcionou à problemática da prevalência entre os desígnios do paciente – que, note-se, podem ser tão-só manifestados com o ato da nomeação do procurador – e a vontade expressa pelo procurador.

Ora, perante tal conflito perfilhámos o entendimento de que deve ser o próprio representado a decidir se a prevalência deve ser concedida ao procurador de cuidados de saúde ou, em alternativa, reservar-se ao direito de prevalecer a sua vontade expressa por meio do testamento vital. Por outro lado, e na ausência de tal decisão, propugnámos a existência de um regime supletivo que conferisse ao procurador o poder de interpretar a vontade presumida

³⁰⁸ Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 497.

do outorgante, manifestando assim a sua vontade com base na teoria o dos “melhores desejos” do paciente. De facto, compreende-se quão importante é a relação de confiança que deve mediar entre representante e representado.

Toda a pessoa, em nome do seu direito ao livre desenvolvimento de personalidade, deve poder autodeterminar os seus comportamentos e conduzir o seu projeto de vida³⁰⁹. No entanto, referimos também que alguns autores negam a possibilidade do exercício delegado de direitos fundamentais e para o defender apontam os elementos essenciais tradicionalmente reconhecidos a estes direitos: permanência, indisponibilidade e carácter pessoal. Ora, partilhamos do entendimento que, mediante determinadas circunstâncias, existem certas situações em que os seus titulares podem limitar o exercício de alguns desses direitos³¹⁰. Fundamental é que essas autolimitações não afetem a dignidade da pessoa humana, nem bens que contendam com valores comunitários³¹¹. Por um lado, entendemos que a elaboração de uma DAV que respeite todos os requisitos impostos não acarreta essa ofensa; por outro lado, o exercício delegado de direitos fundamentais é por nós considerado como um mecanismo que dinamiza e potencia esses mesmos direitos, de entre os quais destacámos o direito à vida (com qualidade), o direito à integridade pessoal (moral e física) e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, pelo que o seu desdobramento deverá ser permitido e a rigidez das características mencionadas deverá ser, deste modo, superada.

Aliás, por tudo o que ficou descrito, a relutância em negar a possibilidade de se proceder à nomeação de um procurador de cuidados de saúde é que se afiguraria como um forte retrocesso civilizacional, uma vez que ao admitir-se esta figura se estará a cultivar o respeito da autonomia que conduzirá, inevitavelmente, a uma crescente responsabilização nas escolhas tidas por cada pessoa.

Tem sido pacificamente defendido, que uma pessoa tem o direito de optar pela recusa de um certo ato ou tratamento médico, podendo mesmo – com essa sua escolha – colocar a sua vida em risco. Ora, parece-nos insustentável que esse direito de recusar cuidados de saúde seja consensualmente admitido e o direito de manifestar essa vontade para o futuro não haja

³⁰⁹ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, ob. cit., pp. 255 e 256.

³¹⁰ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional...*, ob. cit., p. 426.

³¹¹ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, ob. cit., p. 309.

de ser legalmente aceite (sublinhe-se, pois, que não estamos perante uma imposição/dever, porquanto ninguém é obrigado a redigir uma DAV).

Afirmamos, na esteira do Parecer n.º 59/CNECV/2010, sobre os projetos de lei relativos às declarações antecipadas de vontade, que adotar a vontade do paciente que conduza à recusa de tratamentos médicos, em conformidade com o manifestado numa DAV, não pode ser considerado eutanásia, porquanto não é o médico que provoca a morte, mas a própria (evolução da) doença³¹². De igual modo, o parecer *supra* indicado revela que a recusa da obstinação terapêutica, conjunto de procedimentos terapêuticos com reduzida probabilidade de reverter o estado em que se encontra o doente, bem como poder sobreviver com qualidade de vida aceitável, não é assimilável à prática de eutanásia.

Na verdade, podemos afirmar que atualmente existe um consenso quanto à necessidade de regulamentar estes documentos de DAV's, em defesa do reconhecimento da autodeterminação preventiva. A comprová-lo temos os projetos de lei que, na sua grande maioria, estão em sintonia e o facto da versão promulgada ter sido aprovada por unanimidade na votação final global.

Seria inconcebível, face à nossa realidade social e ao princípio da igualdade, que existam normas como a alínea b) do artigo 143.º do CC onde se consagra a possibilidade dos pais ou do progenitor que exerça o poder paternal/responsabilidades parentais da pessoa a incapacitar designarem o futuro representante desta, ainda que formalmente seja o tribunal a nomear, a partir do elenco legal, o representante do incapaz, e uma recusa categórica deste tipo de escolha por parte do próprio representado³¹³.

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

³¹² Isabel e Michel Renaud, *O testamento vital*, ..., ob. cit., p. 329.

³¹³ Paula Távora Vítor, *Procurador para cuidados de saúde*, ..., ob. cit., p. 124.

pode facultar (ou não) o acesso ou revelação de dados de saúde e pode ainda decidir sobre a escolha da residência do outorgante.

Em síntese, faz-se respeitar o desejo de conferir legalmente poderes a alguém, para que possa agir em vez da pessoa, na altura em que por alguma razão esta se encontrar incapacitada³¹⁴. Assim, tanto para o profissional de saúde ou equipa de profissionais de saúde, como para familiares e amigos, o processo de decisão – delicada e dolorosa operação – mostrar-se-á menos difícil.

Os direitos fundamentais, sensíveis a todos os movimentos que possam afetar o estatuto das pessoas na sociedade, têm forçosamente de procurar uma resposta aos novos desafios³¹⁵.

Neste sentido, considerando que sempre que surge um novo tipo de perigo para a dignidade individual, tenderá a aparecer um novo direito³¹⁶, respondemos afirmativamente ao reconhecimento da autodeterminação preventiva por toda a importância que reveste e propomos o exercício delegado de direitos fundamentais através da figura do procurador de cuidados de saúde.

³¹⁴ Paula Távora Vítor, *idem*, ob. cit., p. 128.

³¹⁵ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, ob. cit., p. 63.

³¹⁶ José Carlos Vieira de Andrade, *idem*, ob. cit., p. 68.

BIBLIOGRAFIA

- **ALBUQUERQUE**, Paulo Pinto. (2009). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa, Universidade Católica Editora;
- **ALEXANDRINO**, José de Melo. (2006). A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na constituição portuguesa. Vol. II, Coimbra, Almedina;
- **ALEXANDRINO**, José de Melo. (2007). *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. 2.^a ed., Estoril, Principia Editora;
- **ALEXANDRINO**, José de Melo. (2008). *Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções*. Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, [org.] Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, [ed. lit.] António Menezes Cordeiro; Pedro Pais Vasconcelos e Paula Costa e Silva, vol. I, Coimbra, Almedina;
- **ALMEIDA**, Filipe. (Dezembro 2007). *Bioética na Unidade de Cuidados intensivos. Autonomia Individual. Omissão versus Suspensão terapêutica*. Revista Portuguesa de Bioética, XVIII, n.º 3;
- **ALMEIDA**, Vasco Duarte de. (2005). *Sobre o valor da dignidade da pessoa humana*. Coimbra, Coimbra Editora;
- **ANDRADE**, José Carlos Vieira de. (2012). *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5.^a ed., Coimbra, Almedina;
- **BEZERRA**, João Alírio Xavier (Abril 2011). *Contributos para uma leitura bioética da morte, na perspectiva de Paulo Cruz e Bocage (Interacção na qualidade de vida e saúde – individual e pública)*. Revista Portuguesa de Bioética, XIX, n.º 13;
- **BISCAIA**, Jorge. (Julho 2010). *Conviver com a morte*. Revista Portuguesa de Bioética, XIX, n.º 11;
- **BISCAIA**, Jorge e **TEIXEIRA** Susana. (Setembro 2009). *Cuidados Paliativos. Estudo de casos. Reflexos culturais*. Revista Portuguesa de Bioética, XIX, n.º 8;
- **BISCAIA**, Jorge. (Agosto 2001). *O cuidar da pessoa doente em situação de dependência*. Cadernos de Bioética, XI, n.º 26;
- **BISCAIA**, Jorge. (Dezembro 2002). *Qualidade de Vida em situações Limite do Corpo*. Cadernos de Bioética, XII, n.º 30;
- **BRITO**, António José dos Santos Lopes. (2001). *Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal – Direito sobre a vida ou direito de viver?*. Coimbra, Almedina;
- **BRITO**, José Henrique Silveira de. (Dezembro 2004). *Pessoa dependente – que liberdade?*. Cadernos de Bioética, XII, n.º 36;
- **CANOTILHO**, J. J. Gomes e **MOREIRA**, Vital. (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada: artigos 1.º a 107.º*. Vol. I, 4.^a ed. revista, Coimbra, Coimbra

Editora;

- **CANOTILHO**, J. J. Gomes. (1992-1993). *Direito Constitucional de Conflitos e Protecção de Direitos Fundamentais*. Revista de Legislação e de Jurisprudência 125, Coimbra, Coimbra Editora, n.ºs 3814-3825;
- **CANOTILHO**, J.J. Gomes. (2003). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora;
- **CANOTILHO**, J.J. Gomes. (2008). *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora;
- **COELHO**, Rui e **RAMOS**, Sónia. (Dezembro 2005). *Aspectos éticos da saúde mental. Parte II*. Cadernos de Bioética, XVI, n.º 39;
- **COELHO**, Rui e **RAMOS**, Sónia. (Setembro 2005). *Aspectos éticos da saúde mental*. Cadernos de Bioética, XVI, n.º 38;
- **COLOMA**, Aurelia. (2002). *La Medicina ante los derechos del Paciente*. Madrid, Editorial Montecorvo;
- **CORREIA**, Miguel. (Dezembro 2003). *Morte e eutanásia nos tempos hodiernos*. Cadernos de Bioética, XII, n.º 33;
- **CORTÉS**, Julio. (2001). *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madrid, Civitas;
- **COSTA**, José de Faria. (2003). *O fim da vida e o Direito Penal*. Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias / org. Manuel da Costa Andrade...[e tal.]. Coimbra, Coimbra Editora;
- **CRUZ**, Jorge. (Abril 2010). *A morte de Ivan Ilitch*. Revista Portuguesa de Bioética, XIX, n.º 10;
- **DOMINGUES**, Bernardo. (Agosto 2002). *Aspectos do conceito de pessoa humana em S. Tomás de Aquino*. Cadernos de Bioética, XII, n.º 29
- **DWORKIN**, Ronald. (2003). *Domínios da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo e Silvana Vieira, São Paulo, Martins Fontes;
- **FERRÃO**, Maria José. (Agosto 2002). *A haptonomia do nascer ao morrer*. Cadernos de Bioética, XII, n.º 29;
- **FERREIRA**, Nuno. (2007). *A eutanásia: entre o debate jurídico e a evolução da opinião pública*. Separata de Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, Coimbra Editora;
- **FONSECA**, António. (Abril 2006). *O envelhecimento: algumas questões de bioética*. Cadernos de Bioética, XVII, n.º 40;
- **FRADA**, Carneiro da. (2008). *A própria vida como dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite*. Estudos em honra do Professor Doutor José de

Oliveira Ascensão, [org.] Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, [ed. lit.] António Menezes Cordeiro; Pedro Pais Vasconcelos e Paula Costa e Silva vol.I, Coimbra, Almedina;

- **GAZOLA**, Nayala e **LIMA**, Wlater. (Abril/Maio 2008). *Doenças neurodegenerativas com preservação da cognição e problemas bioéticos de autonomia*. Revista Portuguesa de Bioética, XVIII, n.º 4;
- **GRANADEIRO**, Josefina. (Setembro 2006). *Consentimento informado. A verdade com sentido*. Cadernos de Bioética, XVII, n.º 41;
- **HÖRSTER**, Heinrich Ewald. (1992). *A Parte Geral do CC Português. Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra, Almedina;
- **LOUREIRO**, João. (Abril/Maio 2008). *Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito II- cuidados*. Revista Portuguesa de Bioética, XVIII, n.º 4;
- **LOUREIRO**, João. (2010). *Bios, tempo(s) e mundo(s): algumas reflexões sobre valores, interesses e riscos no campo biomético*. As novas questões em torno da vida e da morte em Direito Penal: uma perspectiva integrada, org. José de Faria Costa e Inês Fernandes Godinho, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal e Coimbra Editora;
- **LOUREIRO**, João. (Abril 2001). *Aegrotationis Medicinam Ab Iure Peto? Notas sobre a saúde, a doença e o direito*. Cadernos de Bioética, XI, n.º 25;
- **LOUREIRO**, João. (Dezembro 2007). *Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito*. Revista Portuguesa de Bioética, XVIII, n.º 3;
- **MACHADO**, Baptista. (1992). *Lições de Direito Internacional Privado*. 3.ª ed., Coimbra, Almedina;
- **MARTÍNEZ**, Josefa. (2005). *La autonomia del Paciente: Del consentimiento informado al testamento vital*. Albacete, Ditorial Bomarzo;
- **MARTINS**, José Carlos Amado [et al.]. (Dezembro 2009). *Capacidade do doente para decidir. Avaliar para maximizar a autonomia*. Revista portuguesa de Bioética, Ano XIX, n.º9;
- **MCCRORIE**, Benedita. (2010). *A doutrina da renúncia a direitos fundamentais. Os casos a Eutanásia e da Colheita de Órgãos em vida*. Pessoas Transparentes - Questões Actuais de Bioética, organizadores Manuel Curado e Nuno Oliveira, Coimbra, Almedina;
- **MENESES**, Ramiro Delio Borges de. (Agosto/Setembro 2004). *Sentido da autonomia em Kant: pelos fundamentos a priori*. Cadernos de Bioética, XII, n.º 35;
- **MIRANDA**, Jorge e **MEDEIROS**, Rui. (2010). *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora;
- **MIRANDA**, Jorge. (2012). *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 5.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora;

- **MODERNE**, Franck. (1996-1998). *La dignité de la personne comme principe constitutionnel dans les constitutions portugaise et française*. Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976/ org. Jorge Miranda, Coimbra, Coimbra Editora;
- **NETO**, Isabel Galriça. (23/06/2012). *Testamento Vital: finalmente a aprovação*. Jornal Expresso;
- **NETO**, Luísa. (2004). *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (A relevância da vontade na configuração do seu regime)*. Coimbra, Coimbra Editora;
- **NETO**, Luísa. (2010). *Novos direitos ou novo[s] objecto[s] para o direito?*. Porto, U. Porto;
- **NETO**, Luísa. (Maio/Agosto 2011). *Cinco considerações sobre a legitimidade de intervenção do Direito na relação do sujeito consigo mesmo: a revisão do conceito de ‘ordem pública’?*. Comunicação apresentada ao IV Encontro de Professores de Direito Público, Scientia Iuridica, Tomo LX, n.º 326;
- **NOVAIS**, Jorge. (1996). *Renúncia a direitos fundamentais*. Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição de 1976, org. Jorge Miranda, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora;
- **NOVAIS**, Jorge. (2003). *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra, Coimbra Editora;
- **NUNES**, Rui e **MELO**, Helena Pereira de. (2011). *Testamento Vital*. Coimbra, Almedina;
- **OLIVEIRA**, Guilherme de. (1999). *O fim da “arte silenciosa”*. Temas de Direito da Medicina, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora;
- **OLIVEIRA**, Nuno. (2002). *O Direito Geral de Personalidade e a “solução do Dissentimento” Ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do Direito Civil*. Coimbra, Coimbra Editora;
- **OLIVEIRA**, Nuno. (2010). *Autonomia, dignidade e transplantação de órgãos*, in Pessoas Transparentes – Questões Actuais de Bioética, organizadores Manuel Curado e Nuno Oliveira. Coimbra, Almedina;
- **OLIVEIRA**, Nuno. (Janeiro/Junho 2011). *O princípio da dignidade da pessoa humana*, Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 8, n.º 15;
- **OSSWALD**, Walter. (Agosto 2001). *Um novo olhar sobre a autonomia*. Cadernos de Bioética, XI, n.º 26;
- **OTERO**, Paulo. (2004). *Direito da Vida: Relatório sobre o Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino*. Coimbra, Almedina;
- **OTERO**, Paulo. (2007). *Instituições Políticas e Constitucionais*. Vol. I, Coimbra, Almedina;

- **PACHECO**, Susana. (Agosto 2002). *Os direitos e deveres da pessoa doente: Perspectiva do profissional de saúde*. Cadernos de Bioética, XII, **n.º 29**;
- **PEGORARO**, Olindo A. (Abril 2002). *Pessoa: da subsistência à existência*. Cadernos de Bioética, XII, **n.º 28**;
- **PEREIRA**, André. (2004). *O consentimento informado na Relação Médico - Paciente. Estudo de Direito Civil*. Coimbra, Coimbra Editora;
- **PEREIRA**, André. (2010). *Declarações Antecipadas de Vontade: meramente indicativas ou vinculativas?*. As novas questões em torno da vida e da morte em Direito Penal: uma perspectiva integrada, org. José de Faria Costa e Inês Fernandes Godinho, Wolters Kluwer Portugal e Coimbra Editora;
- **PEREIRA**, Sandra. (Maio 2009). *À conversa com Lukas Radburch, presidente da European Association for Palliative Care – EAPC*. Revista Portuguesa de Bioética, XIX, **n.º 7**;
- **PESSINI**, Léo. (Agosto 2003). *Questões Éticas envolvendo Decisões de Final de Vida no Brasil*. Cadernos de Bioética, XII, **n.º 32**;
- **PINTO**, Mota. (2005). *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora;
- **PRATA**, Ana. (2005). *Dicionário Jurídico: Direito Civil, Direito Processual Civil e Organização Judiciária*. 4.^a ed., Coimbra, Almedina;
- **RAMOS**, Henrique Vilaça. (Dezembro 2003). *O doente perante o seu fim. Autonomia ou paternalismo?*. Cadernos de Bioética, XII, **n.º 33**;
- **RAPOSO**, João. (Abril 2003). *O cuidar e o morrer*. Cadernos de Bioética, XII, **n.º 31**;
- **RAPOSO**, Vera Lúcia. (Janeiro/Março 2011). *Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida*. Revista do Ministério Público 125;
- **REGO**, Amélia e **COELHO**, Sílvia. (Abril de 2001). *Ponderação sobre a qualidade de vida e a liceidade moral para deixar morrer*. Revista Portuguesa de Bioética, **n.º 13**;
- **RENAUD**, Isabel. (Abril 2006). *Comentário do filme “Mar Adentro”*. Cadernos de Bioética, XVII, **n.º 40**;
- **RENAUD**, Isabel. (Agosto 2002). *O coração e a razão no acompanhamento dos doentes terminais*. Cadernos de Bioética, XII, **n.º 29**;
- **RENAUD**, Isabel. (Dezembro 2005). *Fragilidade e vulnerabilidade*. Cadernos de Bioética, XVI, **n.º 39**;
- **RENAUD**, Isabel. (Dezembro 2006). *O filme «One Million Baby»*. Cadernos de Bioética, XVII, **n.º 42**;

- **RENAUD**, Isabel. (Maio 2009). *A qualidade de vida – merece toda a vida ser vivida?*. Revista Portuguesa de Bioética, XIX, **n.º 7**;
- **RENAUD**, Michel. (Abril 2006). *Antropologia da morte*. Cadernos de Bioética, XVII, **n.º 40**;
- **RIBEIRO**, Geraldo Rocha. (2010). *Quem decide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)*. Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 7, **n.º 14**, Coimbra, Coimbra Editora;
- **RODRIGUES**, Álvaro da Cunha Gomes. (2002). *Consentimento Informado: pedra angular da responsabilidade criminal do médico*. Coimbra, Coimbra Editora;
- **RODRIGUES**, João Vaz. (2001). *O consentimento informado para o acto médico no Ordenamento Jurídico Português – elementos para o estudo da Manifestação da Vontade do Paciente*. Coimbra, Coimbra Editora;
- **SANTOS**, António Marques dos. (1996). *Direito da Saúde e Bioética*. Lisboa, AAFDL;
- **SANTOS**, Laura Ferreira dos e **MACEDO** José Carlos. (02/07/2012). *Desvitalidades do testamento vital aprovado*. Jornal Público;
- **SANTOS**, Laura Ferreira dos. (2001). *Testamento Vital: O que é? Como elaborá-lo?*. Coimbra, Coimbra Editora;
- **SERRÃO**, Daniel. (Julho 2010). *A dignidade humana no mundo pós-moderno*. Revista Portuguesa de Bioética, XIX, **n.º 11**;
- **SERRÃO**, Daniel. (Setembro 2009). *Autonomia – um difícil conceito*. Revista Portuguesa de Bioética, XIX, **n.º 8**;
- **SGRECCIA**, Elio. (2009). *Manual de Bioética, Fundamentos e Ética biomédica*. Edição. Cascais, Principia Editora;
- **VASCONCELOS**, Pedro Pais de. (2010). *Teoria Geral do Direito Civil*. 6.^a ed., Coimbra, Almedina;
- **VÍTOR**, Paula Távora. (Janeiro/Junho 2004). *Procurador para cuidados de saúde: importância de um novo decisor*. Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, **n.º 1**.

RECURSOS ELETRÓNICOS

- <http://www.apbioetica.org/>
- http://www.sbem-fmup.org/fotos/gca/1284923005parecer-testamento_vital.pdf