



Ludmylla Andrade Fontes

AUTONOMIA NA ÚLTIMA VONTADE:

A LEGITIMIDADE DO JOVEM PARA FORMULAR O TESTAMENTO VITAL

Dissertação de mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas - Menção em Direito Civil, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Orientador Professor Doutor Francisco Manuel Brito Pereira Coelho

Setembro/2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

AUTONOMIA NA ÚLTIMA VONTADE:
A LEGITIMIDADE DO JOVEM PARA FORMULAR O TESTAMENTO VITAL

Ludmylla Andrade Fontes

Dissertação de mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas - Menção em Direito Civil, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Orientador Professor Doutor Francisco Manuel Brito Pereira Coelho.

Setembro / 2014

ABREVIATURAS

APB – Associação Portuguesa de Bioética

Art. - Artigo

CC - Código Civil

CDC – Convenção sobre os Direitos das Crianças

CDHB - Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e a
Dignidade do Ser Humano

CDOM – Código Deontológico da Ordem dos Médicos

CFM – Conselho Federal de Medicina

CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DAV – Diretiva Antecipada de Vontade

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)

ONU – Organização das Nações Unidas

p. /pp. – página(s)

PCS – Procurador para Cuidados de Saúde

RENTEV – Registo Nacional do Testamento Vital

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Vasco, Bernardo e Gonçalo, amores da minha vida, por imprimirem cor e encanto a todos os meus dias.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	8
1. A EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO MÉDICO – PACIENTE	10
1.1. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO	10
1.2. CONSENTIMENTO INFORMADO	15
1.3. AUTONOMIA PROSPECTIVA.....	21
2. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE.....	25
2.1. CONCEITO	25
2.2. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS.....	27
2.2.1. O PIONEIRISMO NORTE-AMERICANO	27
2.2.2. A EXPERIÊNCIA DA AMÉRICA LATINA.....	31
2.2.3. PANORAMA EUROPEU	32
2.2.4. A EXPERIÊNCIA DOS ORDENAMENTOS EUROPEUS.....	36
2.2.4.1. FRANÇA.....	36
2.2.4.2. ESPANHA.....	37
2.2.4.3. HOLANDA	39
2.2.4.4. ITÁLIA	40
2.2.4.5. ÁUSTRIA.....	42
2.2.4.6. ALEMANHA	43
2.2.4.7. PORTUGAL.....	45
2.3. MODALIDADES DE DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	48
2.3.1. TESTAMENTO VITAL	49
2.3.2. PROCURAÇÃO PARA CUIDADOS DE SAÚDE	50
2.3.2.1. ADMISSIBILIDADE DA REPRESENTAÇÃO VOLUNTÁRIA	54
2.4. REQUISITOS DE VALIDADE DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE	57
2.4.1. O PROBLEMA DA ATUALIDADE DO CONSENTIMENTO.....	57
2.4.2. VINCULATIVIDADE DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS.....	60
2.4.3. FORMA.....	66
2.4.4. AUTENTICAÇÃO NOTARIAL.....	67
2.4.5. A DISPENSABILIDADE DO REGISTO	67
2.4.6. INEXIGIBILIDADE DE ORIENTAÇÃO MÉDICA.....	69
2.5. MODIFICAÇÃO OU REVOGAÇÃO	72
2.6. CONTEÚDO	73
2.7. OS LIMITES DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE.....	77
2.8. A EUTANÁSIA E O TESTAMENTO VITAL, DIFERENÇAS	80
2.9. CAPACIDADE.....	87
3. A AUTONOMIA PROGRESSIVA DOS MENORES	93
3.1. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITO	93
3.2. CONCEITO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE.....	95
3.3. INCAPACIDADE DE AGIR	96
3.4. RESPONSABILIDADE PARENTAL	101

3.5.	EXCEÇÕES À INCAPACIDADE DOS MENORES.....	106
3.6.	A AUTONOMIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	111
3.6.1.	DIREITO À PALAVRA	115
3.6.2.	DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA	119
3.6.3.	DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE DO MENOR	121
3.6.4.	A CAPACIDADE PARA CONSENTIR	123
3.7.	LEGITIMIDADE DO MENOR PARA ELABORAR UMA DAV	130
	CONCLUSÃO	135
	BIBLIOGRAFIA	138
	ANEXOS	153

“É muito diferente saber-se se um homem está a prolongar a vida ou a morte. Se o corpo se torna inútil para a função, porque não libertar a alma que luta? Talvez se devesse fazê-lo um pouco antes do fim, a fim de evitar que chegue o momento em que sejamos incapazes de proceder ao ato que desejamos.” (Séneca, *in* Cartas a Lucílio)

INTRODUÇÃO

A vida é consagrada em primeiro lugar no elenco de direitos, liberdades e garantias pessoais na Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 24.º, tida como o mais fundamental de todos os direitos fundamentais, por ser mesmo condição indispensável ao exercício de todos os demais. Assim, dos bens jurídicos mais preciosos na maioria dos ordenamentos jurídicos, o bem vida também entre nós é considerado o mais importante do catálogo de direitos fundamentais.

Diante da sacralização do bem vida é que surge a problematização da admissibilidade das diretivas antecipadas de vontade, enquanto instruções livremente formuladas pelo indivíduo que, na posse de suas plenas faculdades mentais, manifesta-se no sentido de declarar a sua decisão quanto aos tratamentos médicos que pretende receber ou recusar na eventualidade de vir a encontrar-se em um estado de incapacidade que não lhe permita exprimir a sua vontade.

O reconhecimento da autonomia do paciente, evidenciado pela obrigatoriedade do consentimento informado, já assegura o direito do paciente em se pronunciar a favor ou contra determinada intervenção médica. A inovação que as diretivas antecipadas de vontade introduzem no âmbito das relações médico-paciente diz respeito ao elemento antecipação que até então não existia na teoria do consentimento informado, este deveria ser sempre atual para ser considerado válido. Essa antecipação permite ao paciente prevenir-se de uma futura situação de incapacidade prolongada que o destituiria do seu direito de decisão quanto a questões relativas à saúde, ainda mais quando se vive uma

época marcada pelo avanço da tecnologia biomédica que parece interromper, por vezes indefinidamente, o decurso natural da doença.

De modo geral, o progresso médico contribui significativamente para a proteção da vida humana, todavia a possibilidade de ser submetido a um esforço terapêutico injustificado, prolongando a vida biológica para além de qualquer vida anímica, induz legitimamente que os indivíduos procurem mecanismos que assegurem o seu direito à autodeterminação mesmo em momentos de incapacidade.

Não raro, o recurso desproporcional dos mecanismos de suporte vital da vida humana não se traduz em proveito terapêutico ao paciente que se encontre em um estado terminal ou padeça de enfermidade crónica, mas tão-somente prolonga indefinidamente o processo de sofrimento e dor que, sem a intervenção clínica invasiva, inevitavelmente conduziria o paciente à morte.

Cada vez mais nos deparamos com o fortalecimento de uma demanda por uma espécie de direito a uma morte digna e por mecanismos de reforço da autonomia do paciente que o proteja de um eventual excesso de terapia. Segundo João Carlos Loureiro, foi a própria evolução das técnicas da medicina e bio-ciência, que, aumentando exponencialmente a esperança média de vida e, em casos extremos, empurrando a humanidade para o “limbo” que é o estado vegetativo, abriram a porta à idealização e criação dos “testamentos de paciente”¹.

O pretendido reforço da autonomia do paciente foi alcançado com a decisão antecipada quanto aos cuidados relativos à saúde, todavia, se por um lado a admissibilidade prévia de determinados tratamentos não desperta maiores problemas, o mesmo não se pode afirmar acerca da recusa antecipada, principalmente quando se tratar de procedimentos destinados à manutenção da vida humana.

Apesar de não se tratar de um instituto tão recente como pode parecer, as diretivas antecipadas de vontade têm suscitado muitas incertezas jurídicas quanto à sua legitimação e limites. Portanto, é imperiosa a determinação e interpretação pela doutrina dos pressupostos de validade, requisitos de legitimidade e limites, uma vez que, como se verá adiante a novíssima lei das diretivas antecipadas de vontade já nasce desfasada no que se refere à legitimidade de proposição de um documento de diretiva antecipada.

¹ LOUREIRO, João Carlos, *Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito II*, in Revista Portuguesa de Bioética, nº 4, Abril – Maio 2008, Edição CEB, p. 65.

1. A EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO MÉDICO – PACIENTE

1.1. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO

Ao longo das últimas décadas verificou-se uma profunda transformação na relação entre a sociedade e a medicina. A constante evolução da prática médica, associada à utilização, muitas vezes desmedida, de uma tecnologia altamente sofisticada, acabou por desencadear um acelerado processo de desumanização da prestação de cuidados de saúde.

Se antes, no século XIX, os doentes, quando eram tratados por médicos, o eram por clínicos gerais, atualmente são seguidos por equipas multidisciplinares compostas por profissionais especializados nas mais diversas áreas da saúde humana, além do pessoal não médico, nomeadamente enfermeiros e técnicos de diagnóstico e terapêutica, a quem o médico costuma delegar tarefas de rotina, ao que se convencionou designar por especialização vertical ².

Não obstante todos os benefícios que podem ser atribuídos a esta medicina pormenorizadamente especializada, é inquestionável que esta prática do curar em equipa favorece consideravelmente para que a ligação de confiança que antes existia entre o paciente e o profissional de saúde, personificado na pessoa do médico de família, venha a dispersar-se, contribuindo, ainda mais, para um quadro impessoal da medicina moderna.

Assiste-se, assim, segundo a perspetiva de Rute Teixeira Pedro, “a um distanciamento progressivo entre os dois sujeitos desta relação. Para tal, contribui decisivamente o fenómeno da especialização (...) Por outro lado, o exercício da medicina como um sacerdócio rareia na sociedade de consumo atual. À luz do espírito mercantilista dominante, a atividade médica assume-se como uma atividade económica dirigida à obtenção de lucro (...) A assistência médica prestada aparece, assim, como mais uma troca de natureza económica, em que se intercambia um serviço qualificado por um valor pecuniário” ³.

O crescente número de médicos habilitados a prestar uma assistência especializada e a preocupação destes mesmos médicos em evitar qualquer redução dos seus

² FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa*, Coimbra Editora 2008, p. 08, *apud* GRAÇA, Luís, *Profissões de saúde: especialização técnica, diferenciação social*, disponível em <http://www.ensp.unl.pt/luis.graca/textos105.html>, acessado em 06.09.2014.

³ PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico – Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 36 e 37.

rendimentos faz surgir uma tendência de massificação e impessoalidade na prestação de cuidados de saúde. As consultas médicas tornam-se cada vez mais curtas, já não há tempo para dialogar com o paciente, a observação da patologia é dinamizada de tal modo que o progresso técnico-científico da medicina que hoje se vê é desassociado de uma componente humanista e compromete seriamente a relação médico-paciente.

Ademais, existe um verdadeiro descompasso entre a crescente disponibilidade de novas técnicas de reanimação e suporte da vida humana e o resultado efetivo que advém do emprego desses novos métodos, já que em nada altera o estado de saúde do doente crónico, por exemplo. É justamente essa desproporcionalidade entre tratamentos médicos sem utilidade terapêutica que caracteriza o que se convencionou chamar de “*medical futility*”⁴, determinando-se que será fútil o tratamento que não tiver utilidade terapêutica, ou cuja utilidade for questionável diante do elevado dano à qualidade de vida do paciente. Surge, assim, uma nova categoria de doentes, pessoas cuja sobrevivência está absolutamente condicionada ao suporte de máquinas, sem as quais a doença, inevitavelmente, seguiria o seu curso natural.

Apesar dos padrões éticos rígidos que regulam a atividade médica, a deontologia profissional não se tem mostrado capaz de desestimular a obstinação ou encarniçamento terapêutico. Assim, não raro, assiste-se ao recurso excessivo das novas tecnologias biomédicas como meios de tratamento quando, em verdade, a sua utilização já seria contestável, uma vez que, sob o argumento de salvar vidas, o que se faz é prolongar excessivamente o sofrimento de pacientes terminais, e promover a manutenção da vida sob condições de consciência inexistente ou muito diminuta.

Assim, é possível observar que a primeira grande mudança desencadeada pelo fantástico avanço das técnicas médicas foi o aumento exponencial da expectativa de vida⁵,

⁴ “Não existe consenso em relação à definição do que seja fútil em termos de prestação de cuidados de saúde, mas qualquer médico sabe que determinadas intervenções apenas contribuirão para alongar o momento que inevitavelmente antecede a morte, muitas vezes a custo de muito sofrimento”. Sobre tratamentos inúteis, RODRÍGUEZ-ARIAS, David, *Una muerte razonable: testamento vital y eutanasia*, Bilbao, Desclée De Brouwer, 2005, pp. 75-81.

⁵ Esperança de vida à nascença é o número médio de anos que uma pessoa pode esperar viver, mantendo-se as taxas de mortalidade por idade observadas no momento de referência. Para que se tenha ideia do aumento da esperança de vida em Portugal nos últimos anos, diga-se que em 1990 a esperança média de vida dos portugueses era de 74,1 (sendo 70,6 para os homens e 77,5 para as mulheres), tendo aumentado para 80,0 anos em 2012 (76,9 para os homens e 82,8 para as mulheres) – Dados retirados da Base de Dados Portugal Contemporâneo PORDATA disponível em [http://www.pordata.pt/Portugal/Esperanca+de+vida+a+nascenca+total+e+por+sexo+\(base+trienio+a+partir+de+2001\)-418](http://www.pordata.pt/Portugal/Esperanca+de+vida+a+nascenca+total+e+por+sexo+(base+trienio+a+partir+de+2001)-418) acessado em 06.09.2014.

vive-se hoje por muito mais tempo, tanto que já não é incomum ouvir falar-se de uma “quarta idade”⁶. Este prolongamento da vida humana acaba por fomentar profundas mudanças na forma como enxergamos a vida e a morte, além de propor novos desafios à realização do estado de direito social⁷, à ciência médica⁸ e ao direito.

Outra consequência provocada pelo vertiginoso desenvolvimento da medicina nas últimas décadas foi a mudança do lugar onde se morre. Se antes era comum que o fim da vida acontecesse em casa, acompanhado pela família, em um ambiente de acolhimento e respeito, hoje assiste-se a uma morte cada vez mais hospitalizada e solitária. Cerca de 62% das mortes em Portugal acontece em hospitais e clínicas, quando 30% ocorrem em casas particulares ou lares da terceira idade (não se sabe quantos de fato morrem em casa própria), e 9% em outros locais, segundo os dados de mortalidade de 2010 do Instituto Nacional de Estatística⁹. Vê-se, portanto, que a maioria dos portugueses acaba por ter o seu fim de vida em enfermarias e unidades de cuidados intensivos, muitas vezes sem a presença de ninguém que lhe seja próximo.

A compreensão do fenómeno morte também tem variado ao longo do tempo. E não poderia ser diferente, tradicionalmente vista como fato natural da vida, a morte era vivenciada pela família como um acontecimento que envolvia toda a comunidade, os velórios aconteciam em um ambiente doméstico em que se respeitava, sobretudo, o tempo da despedida. Todavia, o que se tem assistido nas últimas décadas é na verdade a dessacralização da morte e, conseqüentemente, dos enterros, cujo conteúdo simbólico é progressivamente esvaziado¹⁰.

⁶ COSTA, José de Faria. O fim da vida e o Direito Penal, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 769.

⁷ Devido à forma como o envelhecimento da população, associado ao baixo índice de fecundidade, altera os níveis socioeconómicos e exige a redefinição da segurança social e das prioridades na alocação dos recursos públicos no âmbito do Serviço Nacional de Saúde.

⁸ Como o surgimento de novas especialidades médicas como é o caso da gerontologia que estuda o processo de envelhecimento e seus determinantes genético-biológicos, psicológicos e socioculturais.

⁹ Estudo coordenado pelo King’s College London em parceria com o Centro de Estudos e Investigação em Saúde da Universidade de Coimbra disponível em https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/files/9711250/Preferencias_e_Locais_de_Morte_FINAL.pdf acesso em 06.09.2014.

¹⁰ Para MÓNICA, Maria Filomena, *A Morte*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011, p.25, “Organizados por agências funerárias, que tendem a copiar o modelo americano, os enterros deixaram de ter carga emocional. Tanto as empresas quanto as famílias querem que tudo se passe com rapidez. Uma vez que as sociedades não desejam encarar o fato de sermos mortais, a contemplação do morto é reduzida ao mínimo (...), os contemporâneos procuram esquecer a mortalidade. O que se passa nas capelas mortuárias das igrejas parece-se, cada vez mais, com um *garden party*.”

Não só os recentes avanços tecnológicos, essencialmente nas áreas bioquímicas, imunológica e de engenharia bio-química, experimentados ao longo do século XX, mas também a descoberta da penicilina nos anos 30, dos primeiros tratamentos de quimioterapia e da ventilação artificial nos anos 40, foram responsáveis por uma modificação significativa no modo de encarar a ciência e o papel que esta assume perante a vida das pessoas ¹¹.

Essas mudanças também podem ser perfeitamente atribuídas à perda de prestígio da Igreja Católica e muitos dos seus vinculados valores e à vertiginosa evolução da ciência médica, dois fenómenos de grande importância para a compreensão dos nossos tempos, todavia é de lamentar que a sociedade contemporânea permita a transformação das questões acerca do evento morte, acontecimento natural da vida humana, em um assunto polêmico e cada vez mais tortuoso.

Assim, a morte passou de evento natural da vida para algo difícil de identificar, definir e lidar, uma vez que nem mais se sabe como classificar um doente terminal ligado a mecanismos de suporte da vida. Se antigamente bastava pôr um espelho diante da boca do indivíduo e caso o objeto não ficasse embaciado, o indivíduo era declarado morto, atualmente debate-se qual o critério a utilizar para a definição da morte, se o da paragem cardiorrespiratória, se o da morte cerebral ¹².

O clássico critério da paragem cardiorrespiratória estabelece que a morte ocorre no exato momento em que cessam as funções cardio-circulatória e respiratória e apesar de estar largamente difundida na prática médica, passou a ser posta em causa em razão das dificuldades que suscitava quanto à realização de transplantes de órgãos. Assim, foi criado pela Harvard Medical School um comité para repensar o conceito de morte, o qual publicou no *Journal of the American Medical Association*, em Agosto de 1968, um relatório que propunha uma nova definição de morte baseada no critério da morte cerebral, considerando, a partir de então, como morto qualquer indivíduo que evidencie sinais de paragem de atividade cerebral.

Como qualquer assunto que verse sobre um tema tão sensível, a definição de morte cerebral também não foi consensual, tendo sido alvo de muitos protestos na altura,

¹¹ MINAHIM, Maria Auxiliadora, *O direito e o dever de morrer, a complexidade de um tema*, in *Vida, morte e dignidade humana*, Coordenação PEREIRA, Tânia Silva, MENEZES, Rachel Aisengart, BARBOZA, Heloisa Helena, CZ Editora, Rio de Janeiro, 2010.

¹² MÓNICA, Maria Filomena, *op. cit.*, p. 30.

motivados pelo fundamentalismo religioso ou simplesmente pelo receio de que os médicos pudessem decretar a morte do indivíduo para recolher os seus órgãos para transplante.

Em Portugal, estabeleceu-se que cabe à Ordem dos Médicos, ouvido o Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida, a responsabilidade para enunciar e manter atualizado, de acordo com os progressos científicos que venham a registar-se, o conjunto de critérios e regras de semiologia médico-legal idóneos para a certificação da morte cerebral, por força dos artigos 12.º, n.º 1 da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, que regula a colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana, e 3.º da Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, que estabelece os princípios em que se baseia a verificação da morte.

A Declaração da Ordem dos Médicos, de 1 de Setembro de 1994, estabelece, então, que “a certificação de morte cerebral requer a demonstração da cessação das funções do tronco cerebral e da sua irreversibilidade”, sendo portanto o critério da morte cerebral o adotado em Portugal, assim como na maioria dos países desenvolvidos, não obstante as muitas dificuldades práticas que orbitam em torno da determinação do momento da morte, às quais o critério em referência não consegue solucionar. Muitos são os autores que criticam a adoção do critério da morte cerebral por entendê-lo como insuficientemente protetor da vida humana.

Gomes Canotilho e Vital Moreira questionam a legitimidade constitucional deste critério na medida em que afirmam existir uma pessoa a morrer, mas que ainda não está morta e que “o caráter absoluto de proteção do bem da vida aponta para um conceito de morte entendida como a «falência» completa do organismo humano no conjunto dos seus órgãos e funções”¹³.

A despersonalização da assistência médica, assim como o conflito entre o aumento da duração da vida humana, o anonimato e solidão da morte hospitalizada, e o prolongamento excessivo da vida para além de qualquer prognóstico, legitima a crescente preocupação com o reconhecimento da autonomia do paciente como limite à postura paternalista tradicional da medicina.

Como explica Joaquim Ribeiro¹⁴, até ao fim da idade moderna, sob influência hipocrática, e mais recentemente sob influência biomecânica¹⁵, a visão paternalista

¹³ CANOTILHO, Gomes, VITAL, Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. 1, 4ª ed. Revista, Coimbra Editora, p. 448 (anotação ao Art. 24.º).

¹⁴ PINHEIRO, Joaquim. *A autonomia na pessoa com doença crónica*, in *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 09, Dezembro de 2009, pp. 292 e 293.

justificava a ação médica. Porém, no século XX, o impacto dos médicos nacional-socialistas alemães e as possibilidades crescentes da tecnociência médica demonstrou o autoritarismo médico face à vulnerabilidade do paciente. Essa constatação foi determinante para a abolição da relação médica autoritária e o conceito de autonomia apareceu como um poderoso “antídoto” para defender os direitos dos pacientes.

O reconhecimento da teoria dos direitos fundamentais e a afirmação do indivíduo como ser moral livre e autónomo modificou a relação terapêutica como esta era conhecida até então. O paciente, como centro autónomo de decisão, adquiriu o direito à autodeterminação nos cuidados de saúde, de modo que a necessidade de prestar esclarecimentos e de obter um consentimento informado ganha sentido, inicialmente, como um aspeto da boa prática médica, para, posteriormente, tornar-se o cumprimento do dever de respeitar um direito autónomo do paciente à livre determinação em matéria de saúde ¹⁶. O médico é destituído do poder de justificar qualquer intervenção terapêutica com fundamento na proteção do melhor interesse do paciente e passa a ter a sua atuação restringida pelo princípio do consentimento informado.

1.2. CONSENTIMENTO INFORMADO

A Constituição da República Portuguesa consagrou em seu artigo 64.º a proteção da saúde como um direito fundamental, o qual todos têm o dever de proteger e promover. A Carta Social Europeia Revista ¹⁷ segue o mesmo entendimento ao reconhecer que todas as pessoas têm o direito de beneficiar de todas as medidas que lhes permitam gozar do melhor estado de saúde que possam atingir.

Consoante os preceitos da *leges artis*, o médico no exercício profissional da sua atividade de prestar cuidados de saúde aos seus pacientes, tem os deveres deontológicos de organizar o processo clínico, obedecer ao sigilo que rege por natureza a relação

¹⁵ “Neste modelo, o doente foi caracterizado como destituído de conhecimento, capacidade, autoridade, competência. Não podia, nem sabia fazer a melhor escolha, o que era bem para si. A relação interpessoal de proximidade entre médico e paciente facilitava o estabelecimento da confiança entre ambos. As possibilidades técnicas eram reduzidas, as implicações de atos e omissões eram mais limitadas que atualmente. O médico era conduzido pela procura de fazer o bem à pessoa doente. Mas a definição de bem cabia aos profissionais, podendo reduzir a pessoa a um objeto, a esta ficar dependente das soberanas decisões daqueles. A decisão era tomada com base nos valores, nas prioridades do médico, sem contar com os interesses da pessoa doente”, PINHEIRO, Joaquim, *A autonomia...*, p. 292.

¹⁶ OLIVEIRA, Guilherme de, *O fim da “arte silenciosa”*, in *Temas de Direito da Medicina*, pg. 105 – 114.

¹⁷ Aprovada pelos Estados-Membros do Conselho da Europa em 3 de Maio de 1996, em Estrasburgo, a Carta Social Europeia foi aprovada pela Assembleia da República, conforme Resolução n.º 64-A/2001.

terapêutica, além do dever geral de respeito para com os pacientes e suas opções quanto à prestação dos serviços médicos. É exatamente este dever de respeito, cuja imperatividade vincula o profissional da saúde pode ser desdobrado em três obrigações complementares: a primeira obrigação é a de informar o paciente acerca da sua situação clínica, a terapêutica indicada e alternativas, assim como as consequências tanto do tratamento como as resultantes da sua não administração. A segunda obrigação é a de confirmar o esclarecimento, a certificação de que o paciente compreendeu corretamente toda a informação que ali lhe foi prestada e, por fim, a terceira obrigação é a de obter o consentimento livre, prévio e informado.

João Vaz Rodrigues define consentimento como o comportamento mediante o qual se concede a alguém algo, como seja, uma determinada atuação, no caso do consentimento para o ato médico, uma atuação do agente médico na esfera físico-psíquica do paciente com o sentido de proporcionar saúde em benefício próprio, em benefício alheio ou em benefício geral ¹⁸. Assim, essa necessária obtenção do consentimento deverá ser sempre resultante de um processo dialógico de recíprocas informações e esclarecimentos que a relação entre o médico e o paciente incorporam, para que este, numa tomada de posição racional, autorize ou tolere àquele o exercício da arte de prevenir, detetar, curar, ou, pelo menos, atenuar doenças.

O dever jurídico de esclarecer o paciente acerca do seu estado de saúde, o normal curso da doença, a terapêutica indicada e as suas consequências, para então obter o consentimento prévio do doente, surgiu nos Estados Unidos, tendo sido uma decisão do *Supreme Court of the United States*, datada de 1914, que consagrou historicamente o direito a autodeterminação do paciente ao afirmar que “*Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body*” ¹⁹.

Todavia, foi apenas numa decisão proferida pelo Tribunal da Califórnia em 1957, no caso *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board os Trustees*, que a expressão “*informed consente*” foi utilizada pela primeira vez para se referir à necessidade de

¹⁸ RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português – Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2001, p. 24.

¹⁹ RODRIGUES, João Vaz, *op. cit.*, pp. 29 e 30.

obtenção do consentimento do paciente ²⁰. Desde então a doutrina do consentimento informado foi sendo sistematicamente reconhecida noutros ordenamentos jurídicos anglo-saxónicos e da Europa Continental.

O consentimento informado como expressão legítima da autonomia da pessoa humana consolidou-se verdadeiramente nas últimas décadas. As declarações internacionais pioneiras no seu reconhecimento foram as Declarações de Nuremberga (1948) e a Declaração de Helsínquia (1964), que tratam de pesquisas científicas com seres humanos. Mas a primeira norma de carácter vinculativo a validar a obrigatoriedade do consentimento informado foi o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, cujo artigo 7.º dispõe que “ninguém será submetido à tortura nem a penas ou a tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes. Em particular, é interdito submeter uma pessoa a uma experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento” ²¹.

Em 1981, a Associação Médica Internacional ²² aprovou a Declaração de Lisboa sobre os Direitos dos Doentes, que reconhece o direito à autodeterminação do paciente ao afirmar que “o paciente tem o direito a autodeterminação e tomar livremente suas decisões. O médico informará o paciente das consequências de suas decisões” e que “o paciente adulto mentalmente capaz tem o direito de dar ou retirar consentimento a qualquer procedimento diagnóstico ou terapêutico” ²³.

No âmbito do reconhecimento europeu ao consentimento informado ganham destaque a Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina (1997), do Conselho da Europa, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, documentos sobre os quais se falará mais adiante.

A tutela do consentimento informado origina-se, no ordenamento jurídico português, da proteção aos direitos, liberdades e garantias pessoais, nomeadamente do

²⁰ A experiência jurisprudencial norte-americana deu um contributo deveras significativo na consolidação da doutrina do consentimento informado, pelo que a partir de 1975 este instituto jurídico vai sendo consagrado legislativamente pelos Estados americanos.

²¹ Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>, acesso em 03.09.2014.

²² A Associação Médica Mundial é uma confederação internacional e independente de associações médicas profissionais, representando os médicos a uma escala global. Foi criada a 18 de Setembro de 1947 e em 2013 passou a integrar mais de uma centena de associações médicas nacionais, representando atualmente mais de 10 milhões de médicos. Tem como principal objetivo proporcionar um fórum de comunicação livre para que as associações possam cooperar ativamente, e atingir consensos relativamente a altos padrões de ética médica e competência profissional. As suas declarações têm natureza de *soft law*, assim, não vinculam os Estados nem conferem direitos subjetivos a particulares.

²³ Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/14lisboa.html>, acesso em 03.09.2014.

direito à integridade pessoal, moral e física ²⁴, direito da liberdade da vontade ²⁵ e ao livre desenvolvimento da personalidade ²⁶ e, portanto, encontra-se tutelada pelo texto constitucional. O Código Civil, por sua vez, reconhece em seu artigo 70.º, a tutela geral da personalidade, dispondo que “a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.

A Lei de Bases da Saúde estabelece que os utentes do Serviço Nacional de Saúde português têm o direito a “decidir receber ou recusar a prestação de cuidados que lhe é proposta, salvo disposição especial da lei” e a “ser informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado” ²⁷.

Ademais, tendo sido a Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina recepcionada pela ordem jurídica interna por força do artigo 8.º, da Constituição da República Portuguesa, o art. 5.º da CDHB, que define a necessidade de prévio consentimento informado e esclarecido para qualquer intervenção no domínio da saúde, passa a ter eficácia entre nós.

No plano penal, o legislador português consagrou no capítulo referente aos crimes contra a liberdade pessoal, o tipo de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários²⁸, assim considerados sempre que realizados sem o prévio consentimento do paciente. A seguir, o artigo 157.º, do Código Penal, condiciona a validade deste consentimento ao dispor que “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”.

O Código Deontológico da Ordem dos Médicos, no que se refere ao consentimento informado, prescreve o dever de esclarecer o paciente e a sua família ou representante, sobre os métodos de prognóstico ou de terapêutica pretendidos, inclusive perante doentes que sejam crianças ou incapazes, cujas opções serão respeitadas na medida do discernimento que se lhes conheça ²⁹.

Para que estejamos diante de um consentimento informado válido é indispensável que o seu emitente seja competente para decidir, tenha tido acesso a toda a informação

²⁴ Conforme artigo 25.º, CRP.

²⁵ Cfr. art. 27.º, CRP.

²⁶ Cfr. art. 26.º, n.º 1, CRP.

²⁷ Base XIV, n.º 1, als. b) e e), da Lei n.º 48/90 de 24 de Agosto.

²⁸ Cfr. art. 150.º, CP.

²⁹ Cfr. art. 38.º, n.º 1 e n.º 2, CDOM.

clínica relevante, compreendido essa mesma informação e as consequências que dela advém, e por fim tenha decidido livre e voluntariamente.

O dever de informar e obter o consentimento livre e esclarecido do doente retira da relação médico-paciente a autoridade que caracteriza o modelo hipocrático, no qual o bem do doente era definido exclusivamente pelo médico ³⁰. Se antes o paternalismo clínico, que silenciava o paciente, era favorecido pela ausência de limites jurídicos ao exercício da medicina, é certo que o pluralismo democrático não mais aceita essa postura tradicional, e sobretudo vertical, da prática clínica, antes exigindo que a decisão médica seja progressivamente partilhada com o doente.

A conscientização do paciente como um “centro autónomo de decisão” retira parcela da responsabilidade do médico acerca do estado clínico do paciente, uma vez que as decisões acerca dos cuidados de saúde estão submetidas à aquiescência do paciente, expressão máxima da sua autodeterminação. Diante de questões delicadas e de difícil decisão quanto aos limites da atuação médica, a diretiva antecipada acaba por desonerar o médico de uma decisão que não cabe a ele tomar.

Assim, ainda que desarrazoada aos olhos alheios, a decisão do paciente deve ser sempre concretizada, mesmo quando recuse um tratamento necessário, uma vez que o tratamento realizado sem o prévio consentimento do doente, ainda que em consonância com a boa prática médica, lesa o direito do paciente à autodeterminação nos cuidados de saúde ³¹, e implica, inclusive, responsabilização penal pela prática de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico arbitrários.

O respeito pela vontade do paciente, validamente manifestada, é imperativa e persiste mesmo em situações extremas como em caso de risco de morte, de modo que o médico não poderá ser punido pelo crime de recusa de auxílio, conforme o artigo 284.º do Código Penal.

Nas palavras do Prof. Rui Nunes ³², é em doentes terminais que a determinação de limites à intervenção médica é cada vez mais o paradigma da atuação médica, impondo-se então a existência de normas no nosso ordenamento jurídico que permitam uma interpretação adequada da vontade das pessoas.

³⁰ “Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento...” – Trecho do Juramento de Hipócrates, solenemente prestado pelos médicos na altura da conclusão do curso de medicina.

³¹ OLIVEIRA, Guilherme, O fim..., *op. cit.*, p. 113.

³² NUNES, Rui, *Testamento Vital*, in *Nascer e Crescer*, Revista de Pediatria do Centro Hospitalar do Porto, ano 2012, vol. XXI, nº 4, pp. 250-255.

É inegável, portanto, o triunfo da autonomia sobre o paternalismo clínico, caracterizador de uma medicina hipocrática que hoje já não se admite. Passamos de uma relação assimétrica marcada pelo princípio da beneficência, na qual o médico era o único decisor, para uma relação de igualdade entre médico e paciente, na qual a autonomia deste último se converte em verdadeiro princípio regulador, demandando, inclusive, a mudança da postura do profissional da saúde, de modo que este cumpra integralmente os seus deveres de informação frente ao paciente, para que este possa decidir em verdadeira liberdade.

Todavia, como explica Manuel Cancio Meliá³³, a ideia de autonomia nas relações entre médico e paciente é muito mais complexa do que pode dar a entender uma consideração superficial do tema, a relação médico-paciente é desigual por natureza, marcada pela discrepância entre o saber técnico do médico e a ignorância do paciente. O discurso da superação do paternalismo (mau) pela autonomia (boa) não reproduz a realidade da evolução social, ou, ao menos, a simplifica em demasia, uma vez que a informação médica é requisito para o exercício da autonomia do paciente³⁴.

A consagração do princípio da autonomia como elemento regulador de toda a atividade médica, e verdadeiro imperativo da ética profissional, é o principal elemento de empoderamento do doente, um reforço ao exercício do seu legítimo direito à autodeterminação em matéria de cuidados de saúde.

É consensual que para determinada vontade do paciente quanto à admissibilidade de cuidados de saúde seja juridicamente válida, deve-se traduzir em uma vontade inequívoca, informada, livre e atual. Assim, na hipótese do paciente vir a padecer de uma situação de incapacidade devido ao estado, ainda que transitório, de inconsciência, caso não tenha formulado uma diretiva antecipada, por óbvio que também não poderá prestar o seu consentimento atual, pelo que o médico deverá tomar providências no sentido de desvendar qual teria sido a decisão do paciente.

Não havendo condições que autorizem a segura conclusão que o paciente teria decidido de modo diverso, o médico deverá intervir para realizar o tratamento indicado,

³³ MELIÁ, Manuel Cancio, *Consentimento en el tratamiento médico y autonomía. Algunas reflexiones desde la perspectiva española*, in Revista Brasileira de Estudos Criminais, São Paulo: RT, n. 96, 2012, p. 262.

³⁴ Ainda segundo Manuel Cancio Meliá, “la mística cientifista que rodea el modelo médico occidental en sus mismas raíces supone una tensión estructural entre la tendencia hacia una única “salud objetiva” medicamente definida y la autonomía con sus múltiples opciones, ya que el médico es en este modelo necesariamente el guardián de la información que da acceso al ejercicio de la autonomía. En este ámbito, podría hablarse de la autonomía del ignorante, es decir, de una ficción de autonomía si no hay información”.

presumindo a concessão do consentimento caso o paciente tivesse condições de fazê-lo. A figura do consentimento presumido, respaldado no artigo 340.º, n.º 3 do Código Civil, procura, portanto, auferir a vontade hipotética do paciente, é uma causa de justificação que não se confunde com o consentimento propriamente dito, tampouco com o estado de necessidade ³⁵.

Importante que se diga que o recurso ao consentimento presumido será sempre de aplicação subsidiária em relação ao consentimento de fato. Assim, a impossibilidade de obter o consentimento expresso constitui-se em pressuposto autónomo do consentimento presumido ³⁶. A existência de uma manifestação prévia de vontade daria a conhecer de forma indubitável a verdadeira vontade do paciente no que diz respeito à admissibilidade dos cuidados de saúde, evitando o recurso ao consentimento presumido e, conseqüentemente, à hétero-determinação das decisões de saúde, a qual representa o resgate de um traço paternalista à prática clínica.

A diretiva antecipada seria, então, um instrumento pelo qual o indivíduo resguardaria o seu direito à autonomia para a eventualidade de no futuro se encontrar incapaz de a exercer. Pelo que apenas é permitido o recurso ao disposto por uma diretiva antecipada quando, e tão só, se configure a situação de incapacidade do seu outorgante, assim como as situações clínicas apontadas pelo paciente como promotoras da sua aplicação. Logo, o fato do paciente possuir uma diretiva antecipada não desonera a equipa médica de obter o consentimento informado do paciente sempre que este for possível.

1.3. AUTONOMIA PROSPECTIVA

Segundo Kant, a autonomia seria o “fundamento da dignidade da natureza humana”³⁷, uma condição intrínseca à natureza humana que lhe confere a capacidade para ser e agir como sujeito, de acordo com as suas próprias convicções. Em outras palavras, é a capacidade de autodeterminar-se moralmente segundo as suas regras pessoais.

Pode-se afirmar que Kant formulou um conceito de autonomia baseado num ideal máximo de liberdade, o qual implica que o indivíduo se oriente segundo a sua própria

³⁵ PEREIRA, André G. Dias, *O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil*, 1ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 495.

³⁶ ANDRADE, Manoel da Costa, *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 136 – 137.

³⁷ KANT, Immanuel, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Lisboa, 70ª ed., 2008, p.83.

razão e disponha das condições mínimas para se auto-realizar. É a autonomia do paciente, enquanto expressão máxima da autodeterminação, que deve orientar o exercício dos cuidados de saúde, logo havendo uma manifestação de vontade clara e precisa neste sentido, ela deve obrigatoriamente ser respeitada por todos

Assim, como explicam Beauchamp e Childress, o exercício da autonomia pressupõe, para além da liberdade e da independência, um conjunto de outras capacidades, como a capacidade de compreender a sua situação, de avaliar a relação entre risco e benefício, de decidir em conformidade com este juízo, etc ³⁸.

A partir da década de 70, a promoção da autonomia como a perspectiva de ser verdadeiramente livre, e da regulamentação das práticas médicas foi se destacando progressivamente. Até que a obstinação terapêutica e o receio do paciente de não poder manifestar validamente a sua vontade fez nascer a necessidade de pré-determinar essa mesma vontade. A intenção é que na eventualidade de uma futura incapacidade, não restem dúvidas acerca de qual seria a vontade daquele paciente.

Foi com este propósito que surgiram as Declarações Antecipadas de Vontade, como forma de prevenir possíveis lesões à autonomia dos doentes, garantir ao seu outorgante o respeito às suas orientações e afastar a possibilidade de se ter que, nestas circunstâncias, invocar a incerta figura do consentimento presumido. Eduardo Correia chama a atenção para esta incerteza ao afirmar ser “necessário precisar que o consentimento presumido é uma manifestação da vontade do médico, tal como este configura dever ser a vontade do paciente que não lha pode prestar” ³⁹.

Afinal, se na hipótese de um doente capaz, a decisão, e responsabilidade, acerca dos cuidados de saúde que pretende ou não receber é exclusivamente sua, segundo as regras da obrigatoriedade do consentimento informado, como entender que em uma situação de maior vulnerabilidade ficasse tal poder decisório a cargo de quem desconhece a verdadeira vontade do paciente e que poderia impor-lhe uma agenda de valores que lhe é absolutamente estranha?

É de frisar que a eficácia de uma declaração negocial não resta comprometida caso advenha a incapacidade do declarante, conforme disposto no artigo 226.º, n.º 1, do Código Civil. Da mesma forma, o artigo 231.º, n.º 1, CC determina que a incapacidade do

³⁸ BEAUCHAMP, T. L., CHILDRESS, J. L., *Principles of biomedical ethics*, 6 th. Ed., New York, Oxford University Press, 2009, pp. 100 – 102.

³⁹ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1971, p. 29.

proponente não obsta à conclusão do contrato, exceto se houver fundamento para presumir que outra teria sido a sua vontade. Este entendimento não deixa de ser uma garantia à autonomia do declarante.

A legalização, portanto, das Declarações Antecipadas de Saúde é, em verdade, o reconhecimento da importância de mecanismos que privilegiem a auto-decisão do paciente, possibilitando determinar previamente a sua vontade para quando estiver incapacitado de o fazer. Apesar da consciência que se fortalece nos últimos anos acerca da valorização da liberdade e autodeterminação dos pacientes, é preciso que se reconheça que não é toda decisão de saúde que mereça ser acolhida pela ordem jurídica. A dificuldade da averiguação acerca da validade das diretivas antecipadas gravita sobretudo em torno da rejeição de tratamentos médicos indispensáveis.

Contudo, é cediço que as recomendações constantes de uma diretiva antecipada de saúde não se esgotam, nem poderiam, na recusa de determinados procedimentos médicos, apesar destas medidas constituírem o cerne do instituto. É possível, também, o cenário oposto, quando confrontado com a grave irreversibilidade do seu estado de saúde e o temor da falta de tratamento o acometa, o paciente decida elaborar uma diretiva antecipada no sentido de manifestar inequivocamente o seu desejo pelo tratamento médico até o limite do possível. Assim, mesmo quando a morte constitui um dado manifesto, mas ainda assim o paciente quer assegurar o prolongamento da sua sobrevivência ao máximo possível, ainda que de forma artificial, qual a chancela que o direito deve dispensar a essa vontade?

É inegável a imperatividade do dever de tratar, mas quais os reais limites da atuação médica a fim de evitar o encarniçamento terapêutico? É legítimo o comprometimento de avultados recursos públicos para manter um tratamento tão dispendioso como os de manutenção das funções vitais quando dele não advenha nenhum proveito terapêutico, mas implique tão-somente o prolongamento indefinido do morrer? A resposta não é fácil e não poderá basear-se no argumento acerca da qualidade de vida, a vida humana, independentemente da sua qualidade, está sob a mesma proteção jurídica, muito menos em uma lógica economicista que por certo privilegiaria decisões médicas contrárias à manutenção do tratamento. Traduz-se em verdadeiro absurdo jurídico que se possa legitimar a redução dos custos inerentes à saúde por meio da violação à autodeterminação, ou até mesmo à vida, do paciente. Além do que ninguém é capaz de valorar uma vida além daquele que a vive.

A controvérsia acerca das diretivas antecipadas de vontade é grande, evidenciada, ainda mais, pelos contornos da crise económica que o país atravessa, impositora de um discurso acerca da sustentabilidade do sistema nacional de saúde pautado na escassez dos recursos públicos. Assim, embora seja legítima a elaboração de uma diretiva antecipada de vontade neste sentido, por certo é que a reivindicação desta natureza não vincula a equipa médica sempre que se referir a procedimentos supérfluos e extraordinários, que não se enquadrem no procedimento *standard* da prática médica para o caso clínico específico, e em nada contribua para a melhora do seu quadro de saúde.

Por mais que se admita que a solução possa também ser fundada em argumentos baseados nos princípios da administração pública, de modo a se assegurar que os custos sejam financeiramente aceitáveis, é preciso que se reconheça o perigo de se permitir que motivações económicas permeiem o reconhecimento da validade das decisões de fim de vida.

O respeito à vontade do paciente é que deve solucionar eventuais conflitos, sempre que for possível, e nunca meros interesses económicos. Logo, tanto a orientação prévia do paciente para receber toda espécie de tratamento disponível até ao limite do medicamento possível, como a de recusar tratamentos imprescindíveis à sua sobrevivência, devem ser tidas em consideração pela equipa médica que pautará a sua conduta de acordo com a vontade do paciente e em respeito pela sua dignidade humana.

Assim, numa época de valorização crescente da autonomia, através do seu veículo, a expressão da vontade, é imperativo potenciar a escolha do paciente, em detrimento de soluções heterónomas e paternalistas, como tem sido a tradição até aqui ⁴⁰. Todavia é indispensável que este reconhecimento seja devidamente regulado, de modo a atribuir certeza jurídica quanto aos seus limites de validade.

⁴⁰ VÍTOR, Paula Távora, *Procurador para Cuidados de Saúde – A importância de um novo decisor*, in *Lex Medicinæ*, Ano 1, n.º 1, 2004.

2. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

2.1. CONCEITO

As diretivas antecipadas 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”⁴¹. Portanto, em outras palavras, são determinações proferidas por um indivíduo capaz, numa situação na qual goze de plena posse de suas faculdades mentais, em relação aos cuidados de saúde que deseja recusar ou receber em uma eventual situação de incapacidade, cognitiva ou motora, que o impeça de manifestar a sua vontade.

Porém, as diretivas antecipadas vão além destas instruções clínicas, transmitindo uma verdadeira declaração de valores fundamentais segundo os quais os pacientes perspetivam as suas escolhas. Esta manifestação de vontade do paciente não se confunde com a declaração de vontade da doutrina do negócio jurídico, uma vez que não se refere a um ato jurídico negocial, antes assumindo a natureza de simples ato jurídico⁴². Logo, lhe são aplicáveis somente as disposições da doutrina geral do negócio jurídico na medida em que a analogia das situações o justifique, conforme disposto pelo artigo 295.º do Código Civil. Assim, não são aplicáveis “quaisquer normas da doutrina geral do negócio jurídico inspiradas pela tutela da confiança dos declaratórios e dos interesses gerais do tráfico”⁴³.

Segundo Laura Ferreira dos Santos⁴⁴, convém ter conhecimento da origem americana da expressão “diretivas antecipadas”. Nos Estados Unidos, “*advance directives*” é uma terminologia genérica e não especifica se tratar de uma declaração antecipada de tratamento ou nomeação de um representante.

No ordenamento português, as Declarações Antecipadas de Vontade podem assumir duas modalidades complementares: através de um documento escrito no bojo do qual se manifesta a vontade que pretende legitimar – o testamento vital – ou através de um

⁴¹ KENIS; Yvon, *Directivas Antecipadas*, in *Nova Enciclopédia da Bioética* (coord. Gilbert Hottois e Jean-Nöel Missa), tradução do original francês de 2001 por Maria Carvalho, Lisboa: Instituto Piaget, pp. 235.

⁴² PINTO, Carlos Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 354 – 355.

⁴³ PINTO, Carlos Mota, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 420.

⁴⁴ SANTOS, Laura Ferreira dos, **Testamento Vital, O que é? Como Elaborá-lo?**, Sextante Editora, Porto, 2011, p.48.

representante especialmente instituído para esse intuito – o Procurador de Cuidados de Saúde.

Não obstante, ainda haja considerável confusão entre as nomenclaturas “testamento vital” e “declarações antecipadas de vontade”, muitas vezes utilizadas para designar a mesma realidade, verdade é que as DAVs são o género do qual o testamento vital é espécie, não se confundindo os dois conceitos. Assim, a DAV, cujo carácter é mais genérico, acaba por abarcar, como já se disse, tanto o testamento vital como a nomeação de um representante para cuidados de saúde, seja de forma simultânea ou não.

De qualquer modo, parece que nenhuma denominação está a salvo de críticas. O termo diretiva antecipada de paciente é rejeitado por alguns autores porque pode dar a falsa percepção de que a legitimidade para elaboração de um documento desta natureza possa estar de alguma forma condicionada a uma situação de enfermidade, quando se sabe que o quadro de saúde do sujeito outorgante de uma diretiva antecipada é irrelevante para a sua validade.

Apesar das duras críticas proferidas por Laura Ferreira dos Santos ⁴⁵ à expressão Diretiva Antecipada de Vontade, foi esta a opção preferida pelo legislador português no âmbito do diploma legal que regula a matéria, a Lei nº 25/2012 de 16 de Julho. Para a autora, o termo diretiva antecipada de tratamento (e não de vontade) é o qual, em rigor, deve ser utilizado para que se transmita a ideia de se estar a falar de algo já muito concreto - as instruções acerca dos tratamentos médicos que se pretende, e não de uma hipotética vontade, subjetiva e anda por caracterizar.

Todavia, diretiva antecipada de tratamento também é uma denominação considerada a evitar por alguns autores, uma vez que pressupõe ser os tratamentos médicos o seu único objeto possível, quando em verdade, trata-se de um documento que também pode trazer orientações acerca de orientações de assistência religiosa, doações de tecidos e órgãos, etc. Imprecisões terminológicas à parte, o presente trabalho optou por utilizar a expressão diretiva antecipada de vontade, uma vez também ter sido esta a escolha do legislador português quando da elaboração do respetivo diploma legal.

⁴⁵ SANTOS, Laura Ferreira dos, *Testamento Vital - O que é? Como elaborá-lo?*, Porto, Sextante Editora, 2011, p.51.

2.2. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS

2.2.1. O PIONEIRISMO NORTE-AMERICANO

As diretivas antecipadas de vontade surgiram como uma necessidade de reforçar a compreensão do princípio da autonomia diante da grande evolução médico-científica, sobretudo no campo da medicina de sustentação da vida humana.

Os Estados Unidos foram o primeiro país a dispensar a devida atenção às diretivas antecipadas, muito em função da importância que a defesa ao direito à privacidade assumiu nos países de origem anglo-saxônica. Quando se remete os fundamentos desta garantia para a seara dos tratamentos médicos, conclui-se pela indispensabilidade do consentimento informado, sob pena de violação ao princípio da autonomia do paciente. Entendimento que foi sendo reforçado gradualmente até à compreensão da legitimidade do exercício de uma autonomia prospectiva.

Outro fator de notável importância para o papel precursor dos Estados Unidos no reconhecimento das DAVs foi o fortalecimento dos movimentos sociais em defesa dos direitos individuais e das minorias, a exemplo das lutas pelos direitos de igualdade de gênero e contra a discriminação racial, que marcou sobremaneira as décadas de 60 e 70, e acabou por conscientizar a sociedade de que as pessoas doentes têm mais direitos do que se supunha ter até então ⁴⁶.

Além do fato de ter sido nos Estados Unidos onde os tratamentos médicos e tecnologias de suporte vital mais rápido evoluíram, possibilitando prolongar a vida do paciente para além de qualquer benefício. Então, foi a sociedade norte-americana a primeira a ser confrontada com os riscos do uso abusivo destas novas tecnologias, e o fato é que ela não ficou indiferente ao assunto.

A consagração legislativa das diretivas antecipadas de vontade data de 30 de Setembro de 1976 ⁴⁷, quando o Estado da Califórnia aprovou o *Natural Death Act* ⁴⁸, primeiro diploma a reconhecer a legitimidade da vontade do paciente no que diz respeito às considerações acerca da admissibilidade ou recusa de tratamentos médicos.

⁴⁶ SANTOS, Laura Ferreira, “Testamento...”, *op. cit.*, p. 92.

⁴⁷ Todavia, a sua entrada em vigor apenas aconteceu em 01 de Janeiro de 1977.

⁴⁸ “Section 7188. Any adult person may execute a directive directing the withholding or withdrawal of life-sustaining procedures in a terminal condition (...); Section 7189 (a). a directive may be revoked at any time by the declarant, without regard to his mental state or competency (...).”

Todavia, anteriormente a qualquer iniciativa legislativa, a jurisprudência norte-americana já se havia debruçado sobre o tema, destacando a importância da questão e promovendo, grandemente, o desenvolvimento do instituto. O interesse da sociedade norte-americana pelas DAVs surgiu através da veiculação mediática de dois casos judiciais nos quais famílias travavam uma batalha judicial para interromper o tratamento de familiares mantidos artificialmente vivos, mas que jamais retornariam do seu estado de inconsciência.

O pioneirismo nesta seara coube à sentença proferida pelo Supremo Tribunal de New Jersey, a 31 de Março de 1976, no âmbito do caso Karen Ann Quinlan, responsável por fomentar o surgimento de correntes doutrinárias no domínio das diretivas antecipadas de vontade. Este caso tornou-se emblemático porque pela primeira vez foi abordada a problemática da retirada de suporte ventilatório em doentes inconscientes ⁴⁹.

Em Abril de 1975, Karen Ann Quinlan, então com 21 anos, por razões desconhecidas, deixou de ventilar durante dois longos períodos de tempo. A privação de oxigênio em seu organismo provocou lesões cerebrais irreversíveis, tendo a jovem entrado em coma e posteriormente em estado vegetativo persistente.

Após cinco meses de internamento, os pais solicitaram ao hospital que suspendessem os suportes artificiais que mantinham a filha viva, sob alegação de que esta seria a sua vontade. Diante da recusa do médico em atender ao seu pedido, uma vez que a paciente ainda estava viva à luz do critério da morte cerebral e a interrupção do tratamento provocaria a sua morte, representando, assim, além da violação dos deveres deontológicos da atividade médica, o enquadramento nas hipóteses de responsabilização civil e penal.

Os pais de Karen Quinlan recorreram, então, aos tribunais e requereram a nomeação como tutores da filha, de forma a poderem representá-la e, invocando os direitos à integridade física e privacidade, pleitearam a interrupção do tratamento de suporte artificial das funções vitais de Karen Quinlan.

O pedido foi negado em primeira instância ⁵⁰, mas tendo chegado ao Supremo Tribunal de New Jersey, este pronunciou-se favoravelmente ao pleito em sentença

⁴⁹ RAPOSO, Vera Lúcia, *Diretivas antecipada de vontade: em busca da lei perdida*, in Revista do Ministério Público, 125, Janeiro – Março, 2011, p.171.

⁵⁰ A decisão de primeira instância baseia-se na ideia de que o poder de representação dos pais não abrange a tutela dos interesses pessoais dos filhos, estando restrito, tão-somente, à proteção dos seus interesses patrimoniais. Assim, o que deveria prevalecer seria o critério do melhor interesse do paciente.

proferida em 31 de Março de 1976 ⁵¹, após a conclusão de uma requerida avaliação médica que acabou por concluir pela inexistência de qualquer possibilidade de recuperação das funções cognitivas da paciente. O tribunal exigiu, ainda, a aprovação do Comitê de Ética do Hospital onde estava internada Karen Quinlan.

Em sede de fundamentação, entendeu o tribunal que em conflitos entre a recusa de tratamento pelo paciente e a proteção da vida humana, o primeiro deve prevalecer. Defendeu o direito à privacidade da paciente como apto a abranger a decisão de recusa de terapêutica ⁵². Como a paciente não estava em condição de manifestar a sua vontade, entendeu o julgador que a única maneira de garantir o seu direito à privacidade, seria permitir o exercício deste direito pelos seus pais ⁵³, de acordo com o critério do “substituted judgement” ⁵⁴.

Por fim, entendeu o Supremo Tribunal de New Jersey que a recusa de tratamento não se confunde com a figura do homicídio ⁵⁵. As pessoas têm o direito a decidir sobre questões relacionadas com os cuidados de saúde e na hipótese de serem incapazes de o fazer, deverá ser garantida a possibilidade de um representante o substituir neste exercício.

A promulgação do *Natural Death Act* ⁵⁶ e o reconhecimento jurídico que concedia ao testamento vital foram elementos responsáveis pela multiplicação de disposições legislativa sobre a matéria por todo o país norte-americano durante a década de 80 ⁵⁷. Porém, as profundas diferenças de tratamento dispensadas pelos diversos Estados acabaram por exigir a intervenção federal com o intuito de uniformizar a disciplina do

⁵¹ A sentença encontra-se disponível em [https://www.uta.edu/philosophy/faculty/burgess-jackson/In%20re%20Quinlan,%2070%20N.J.%2010,%20355%20A.2d%20647%20\(1976\).pdf](https://www.uta.edu/philosophy/faculty/burgess-jackson/In%20re%20Quinlan,%2070%20N.J.%2010,%20355%20A.2d%20647%20(1976).pdf) acessado em 17.08.2014

⁵² “Presumably this right is broad enough to encompass a patient’s decision to decline medical treatment under certain circumstances, in much the same way as it is broad enough to encompass a woman’s decision to terminate pregnancy under certain conditions. (...) Nor is such right of privacy forgotten in the New Jersey Constitution”.

⁵³ “... the guardian and family of Karen to render their best judgement (...) as to whether she would exercise it in these circumstances”.

⁵⁴ Este critério concede ao representante legal o poder de decidir em nome do paciente, de modo a garantir o respeito pelas escolhas que este teria tomado se pudesse manifestar a sua vontade.

⁵⁵ “The court posited that Karen if competent would be constitutionally entitled to resist life-sustaining medical intervention. In the light of Karen’s incompetence, her loving father should be permitted to exercise this liberty right on this daughter’s behalf. The court repudiated any notions of murder or improper interference with medical judgment”.

⁵⁶ Em 01 de Julho de 2000, o NDA e todos os outros diplomas sobre esta matéria foram revogados pelo Health Care Decisions Law.

⁵⁷ SÁ, Filipa Almeno de Carvalho Patrão de, *Disposição Antecipada de Paciente – Legitimação e Limites*, Universidade de Coimbra, 2012, p. 43.

tema. Assim, a intervenção do Supremo Tribunal de Justiça no caso Nancy Cruzan travestiu-se de estímulo para a aprovação do *Patient Self-Determination Act*, em 1990.

Como explica Laura Ferreira dos Santos ⁵⁸, o PSDA impõe a todos os estabelecimentos de saúde que gozam de repasse de verba federal, a obrigação de comunicar ao paciente quais os seus direitos em matéria de fim de vida, de alertá-lo acerca da possibilidade de elaboração de uma diretiva antecipada de vontade, além de promover ações de formação nesta matérias para os seus funcionários e ações de conscientização para a comunidade.

Com efeito, este instrumento reforçou de modo significativo os direitos dos doentes e foi fundamental na promoção do instituto das DAVs, de modo que atualmente apenas os estados americanos de Nova Iorque, Massachusetts e Michigan ainda não possuem legislação acerca do “living wil”, ao passo em que todos já regularam a figura do “health care proxy” (procurador para cuidados de saúde).

Nancy Cruzan entrou em estado vegetativo persistente após um grave acidente de viação ocorrido em 1983. Embora ainda fosse capaz de respirar espontaneamente, Nancy dependia de sonda nasogástrica para ser alimentada e hidratada. Os pais solicitaram aos médicos a suspensão das medidas de suporte vital, pedido este que foi recusado. Os pais requereram, então, autorização judicial para pôr fim aos métodos de alimentação e hidratação artificiais que mantinham a paciente viva, alegando que seria essa a vontade inequívoca da filha. O Tribunal de primeira instância pronunciou-se favoravelmente ao pleito dos pais de Nancy e ordenaram a suspensão do tratamento. Todavia, tendo o curador nomeado pelo tribunal interposto recurso para o Supremo Tribunal de Missouri, este declarou improcedente o pleito requerido pelos pais da paciente, uma vez que não existindo nenhum documento de “living will”, a vontade de Nancy deveria ser provada cabalmente.

Foi apresentado recurso para o Supremo Tribunal dos Estados Unidos com base na violação do direito constitucional de recusa a um tratamento médico. Porém, em sentença datada de 25 de Junho de 1990 ⁵⁹, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos manteve a decisão da Alta Corte do Missouri em razão da impossibilidade de aferir com segurança qual seria a real vontade de Nancy Cruzan. Esta decisão é particularmente

⁵⁸ SANTOS, Laura Ferreira, *Testamento...*, op. cit., p. 93.

⁵⁹ Sentença disponível em <http://euthanasia.procon.org/sourcefiles/CruzanvDirector.pdf>, acessado em 05.08.2014.

importante pelo reconhecimento, inédito, que confere ao testamento vital, no âmbito federal norte-americano, constituindo um importante precedente tantas e tantas vezes invocado desde então.

É fato que depois da legislação norte-americana sobre as diretivas antecipadas, instrumentos normativos desta natureza foram adotados em seguida por outros países anglo-saxônicos (Austrália, Nova Zelândia, Canadá) e nórdicos (Dinamarca⁶⁰ e Suíça⁶¹).

2.2.2. A EXPERIÊNCIA DA AMÉRICA LATINA

O primeiro país a legislar sobre as diretivas antecipadas de vontade na América Latina foi Porto Rico, que em 17 de Novembro de 2001, promulgou a Lei n.º 160/2001, ou “*Ley de declaración previa de voluntad sobre tratamiento médico en caso de sufrir una condición de salud terminal o de estado vegetativo persistente*”⁶², com a finalidade de “*reconocer legalmente el derecho de toda persona mayor de edad, en pleno uso de sus facultades mentales, a declarar previamente su voluntad sobre lo referente a tratamiento médico en caso de sufrir una condición de salud terminal y de estado vegetativo persistente, sus requisitos, efectos, condiciones, nombrar un mandatario; y para otros fines*”.

Após, o Uruguai também concedeu tratamento legislativo ao tema das diretivas antecipadas de vontade no âmbito da Lei n.º 18.473, de 21 de Abril de 2009, intitulada “*Voluntad Anticipada*”⁶³. A Argentina foi o terceiro país sul-americano a legislar sobre as DAVs, aprovando a Lei n.º 26.529, de 21 de Outubro de 2009, que trata “*Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud*”⁶⁴.

O Brasil ainda não possui legislação sobre as diretivas antecipadas de vontade, todavia em 31 Agosto de 2012, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução

⁶⁰ Lei sobre o exercício da profissão médica (1992) e o Estatuto jurídico do paciente (1998), cfr. IAPICHINO, Testamento biológico, p. 47, apud PEREIRA, André G. Dias, *A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*, in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 47.

⁶¹ Embora a Suíça ainda não tenha regulamentado o testamento vital de forma federal, muitos cantões já regularam esta matéria, a exemplo de Zurique, Valais, Lucerne.

⁶² Ley 160/2001, disponível em <http://www.lexjuris.com/lexlex/leyes2001/lex2001160.htm>, acesso em 07.09.2014.

⁶³ Disponível em <http://200.40.229.134/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18473&Anchor=>, acesso em 07.09.2014.

⁶⁴ Disponível em <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>, acesso em 07.09.2014.

CFM 1.995/2012, que reconhece ao paciente o direito de decidir acerca dos tratamentos médicos que querará receber, ou não, em uma situação de eventual incapacidade. Reconhece ainda a possibilidade de nomeação de um representante para cuidados de saúde e a força das diretivas antecipadas, que prevalecem sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive a opinião dos familiares do paciente.

A aprovação de uma resolução com este teor pelo Conselho Federal de Medicina brasileiro é de grande importância porque, sendo dotada de força normativa, funciona como elemento uniformizador da prática médica, apresentando uma solução ética para os problemas suscitados pelos novos recursos tecnológicos e inexistência de regulamentação legal nesta matéria.

A referida resolução do CFM teve, e continua tendo, um papel fundamental no fomento ao debate acerca das diretivas antecipadas no Brasil e reivindica a atenção de todos à necessidade e urgência de legislação específica para tutelar os direitos dos pacientes brasileiros.

2.2.3. PANORAMA EUROPEU

A mais antiga instituição europeia em funcionamento, o Conselho da Europa é uma organização de cooperação internacional, criada em 05 de Maio de 1949, com a finalidade de salvaguardar e promover os ideais e princípios que são património comum dos Estados membros. Assim, teve um papel fundamental na proteção dos direitos humanos, destacando-se no domínio da bioética e do direito biomédico.

Da proficiente atividade do Conselho da Europa em defesa das garantias fundamentais se revela na aprovação de valiosas convenções como a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de Novembro de 1951, e uma série de importantes recomendações no âmbito da saúde, dentre as quais se destaca a Recomendação n.º 779 (de 1976), relativa aos direitos dos doentes e dos moribundos; a Recomendação n.º 818 (1977), relativa à situação dos doentes mentais; a Recomendação n.º 1418 (1999) sobre a proteção de direitos humanos e a dignidade do paciente terminal e moribundo, e, por fim, a recente Recomendação n.º 11, adotada pelo Comité de Ministros em 09 de Dezembro de 2009, sobre os princípios relativos às

procurações e diretivas antecipadas de vontade (não exclusivamente em casos de saúde) em casos de incapacidade do outorgante.

Vê-se que em 1976, o Conselho da Europa já manifestava interesse nas declarações escritas que autorizavam os médicos a absterem-se de adotar medidas de prolongamento da vida, especialmente nos casos de cessação irreversível da função cerebral, conforme ponto 10/II da Resolução 779 ⁶⁵. Todavia, a discussão acerca das diretivas antecipadas de vontade foi mesmo impulsionada na Europa apenas após a Convenção para a Proteção dos Direitos dos Homens e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, também denominada de Convenção sobre os Direitos do Homem e Biomedicina, ou simplesmente Convenção de Oviedo ⁶⁶, aprovada em 04 de Abril de 1997, e cujos signatários são os Estados Membros do Conselho da Europa e também os Estados Unidos, Canadá, Vaticano, Austrália e Japão.

A Convenção de Oviedo representa um grande avanço na consolidação dos direitos dos pacientes, uma vez que um dos seus princípios fundamentais é a proteção ao consentimento informado, afirmando em seu artigo 5.º, n.º 1, que “qualquer intervenção no domínio da saúde apenas pode ser efetuada após a pessoa em causa dar o seu consentimento de forma livre e esclarecida”. O artigo 9.º, por sua vez, reforça ainda mais o princípio da autonomia ao estabelecer que “serão levados em consideração os desejos expressados anteriormente pelo paciente, que dizem respeito à intervenção médica, quando este, no momento da intervenção, não puder expressar sua vontade”.

Tendo sido a primeira legislação internacional a reconhecer o direito do doente a recusar tratamento médico, a Convenção de Oviedo impulsionou a necessidade de regulamentação das diretivas antecipadas de vontade. Assim, os países europeus, na última

⁶⁵ 10. *Recommends that the Committee of Ministers invite the governments of the member states : (...) II. to establish national commissions of enquiry, composed of representatives of all levels of the medical profession, lawyers, moral theologians, psychologists and sociologists, to establish ethical rules for the treatment of persons approaching the end of life, and to determine the medical guiding principles for the application of extraordinary measures to prolong life, thereby considering inter alia the situation which may confront members of the medical profession, such as legal sanctions, whether civil or penal, when they have refrained from effecting artificial measures to prolong the death process in the case of terminal patients whose lives cannot be saved by present-day medicine, or have taken positive measures whose primary intention was to relieve suffering in such patients and which could have a subsidiary effect on the process of dying, and to examine the question of written declarations made by legally competent persons, authorising doctors to abstain from life-prolonging measures, in particular in the case of irreversible cessation of brain function.*

⁶⁶ Council of Europe. Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: convention on human rights and biomedicine. Disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/164.htm>, acesso em 08.09.2014.

década, têm vindo a admitir a validade das DAVs com a intenção de ultrapassar as dificuldades práticas que o vácuo legislativo permite, além de reforçar sobremaneira a autonomia do doente. A exposição de motivos da Lei espanhola n.º 41/2002 ressalta esta importância ao afirmar que *“dicho Convenio es una iniciativa capital: en efecto, a diferencia de las distintas declaraciones internacionales que lo han precedido, es el primer instrumento internacional con carácter jurídico vinculante para los países que lo suscriben. Su especial valía reside en el hecho de que establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina”*.

Em 1999, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, no âmbito da Resolução 1418, invoca a necessidade dos Estados-Membros estabelecerem critérios de averiguação da validade das declarações prévias de recusa de tratamentos médicos, da análise do seu conteúdo, além de regularem a nomeação de representantes para assuntos de saúde e o alcance deste poder de representação ⁶⁷.

A partir de então vai-se consolidando uma consciência cada vez mais crítica acerca do progresso tecnológico das ciências médicas e o grande impacto negativo que esta evolução biocientífica tem sobre as garantias fundamentais dos pacientes, sobretudo aqueles com a capacidade de autodeterminação muito ou toda comprometida. Passa-se a entender que tratar devidamente não significa prolongar a vida até ao limite do medicamento possível, mas antes proteger e resguardar o paciente de todo e qualquer sofrimento que não se justifique terapêuticamente se esta não for a sua vontade declarada.

A Recomendação nº 11 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, datada de Dezembro de 2009, trata, como já dito, dos poderes de representação e diretivas antecipadas referentes à incapacidade, mas que não se restringem apenas ao domínio da

⁶⁷ Conforme ponto 9/b)/iv: *“9. The Assembly therefore recommends that the Committee of Ministers encourage the member states of the Council of Europe to respect and protect the dignity of terminally ill or dying persons in all respects: (...) b. by protecting the terminally ill or dying person’s right to self-determination, while taking the necessary measures: (...)iv. to ensure that a currently incapacitated terminally ill or dying person’s advance directive or living will refusing specific medical treatments is observed. Furthermore, to ensure that criteria of validity as to the scope of instructions given in advance, as well as the nomination of proxies and the extent of their authority are defined; and to ensure that surrogate decisions by proxies based on advance personal statements of will or assumptions of will are only to be taken if the will of the person concerned has not been expressed directly in the situation or if there is no recognisable will. In this context, there must always be a clear connection to statements that were made by the person in question close in time to the decision-making situation, more precisely at the time when he or she is dying, and in an appropriate situation without exertion of pressure or mental disability. To ensure that surrogate decisions that rely on general value judgements present in society should not be admissible and that, in case of doubt, the decision must always be for life and the prolongation of life”*.

saúde, de modo a orientar os Estados-Membros a regularem os requisitos necessários para a validade jurídica das declarações prévias, aconselhando, ainda, que possam ser livremente revogadas, conforme os princípios 17 e 6.

Diante da disparidade do tratamento dispensado às declarações antecipadas concernentes aos cuidados de saúde no continente europeu, já que nem todos os países já legislaram a respeito, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, emitiu em 25 de Janeiro de 2012, a Recomendação 1993 e a Resolução 1859, ambas sobre a proteção dos direitos humanos e da dignidade dos pacientes em matéria das declarações antecipadas, determinando ser essencial que os Estados-Membros assegurem com a máxima urgência a efetiva promoção e proteção das garantias fundamentais nesta matéria.

Outro documento de extrema importância para esta temática é a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia reúne um conjunto de direitos pessoais, cívicos, políticos, sociais e económicos dos cidadãos europeus, que anteriormente estavam dispersos por diversos instrumentos legislativos, nacionais e internacionais, incorporando-os ao direito comunitário. Formalmente aprovada em Dezembro de 2000, a Carta apenas ganhou efeito jurídico vinculativo com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, ao qual foi anexada sob a forma de declaração, em Dezembro de 2009. O seu artigo 3.º, n.º 2, a), consagra expressamente a figura do consentimento e a autonomia no âmbito da União Europeia.

O Tratado de Lisboa impulsionou profundas mudanças na União Europeia, que alarga a sua natureza de simples espaço comercial e aduaneiro comum para adotar uma nova ordem jurídica, pautada sobretudo na proteção, respeito e promoção dos direitos humanos. Assim, em seu artigo 6.º, o Tratado de Lisboa reconhece os direitos, liberdades e princípios consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Este reconhecimento, no âmbito comunitário, da importância de regulamentação e respeito das garantias fundamentais dos pacientes estimulou a respetiva produção legislativa dos Estados membros.

Houve, então, desde a década de 90 uma forte implementação do direito ao consentimento informado na Europa, como explica André Gonçalves Pereira ao afirmar que “em todos os países europeus, o paciente tem o direito a ser informado, a fazer uma escolha informada em relação ao tratamento e a consentir ou a recusar um tratamento

proposto. Este direito ao consentimento informado constitui a expressão mais clara do princípio da autonomia que marca a bioética de nossos dias”⁶⁸

2.2.4. A EXPERIÊNCIA DOS ORDENAMENTOS EUROPEUS

Assim como na experiência norte-americana, as diretivas antecipadas de vontade ganharam destaque com a repercussão da jurisprudência de alguns casos que ao personalizar o dilema entre a interrupção do tratamento médico de conservação, ainda que artificial, da vida e o respeito pela vontade do paciente, sensibilizou a opinião pública e afirmou a importância da regulamentação legal dos instrumentos de autonomia prospectiva.

Duas decisões judiciais são consideradas paradigmáticas, a primeira, datada de 17 de Março de 2003, proferida pelo Bundesgerichtshof, que, ao considerar as declarações antecipadas de vontade como fundamento autónomo de legitimação de recusa de tratamentos médicos, concede um contributo precioso no reconhecimento, a nível europeu, da força vinculante das manifestações antecipadas de vontade dos pacientes. A segunda decisão é da Corte d’Appello di Milano, de 09 de Julho de 2008, que autorizou a suspensão de tratamento de suporte vital com fundamento na reconstituição da vontade hipotética da paciente.

2.2.4.1. FRANÇA

O Comitê Nacional de Ética francês propôs, já em 1998, fosse analisada a hipótese de qualquer pessoa poder proceder à nomeação de um representante para que tomasse as decisões acerca das prestações de saúde quando o paciente não estivesse em condições de o fazer. A “*Loi n.º 2002/303 du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*”, admitiu a possibilidade da nomeação de uma espécie de procurador para cuidados de saúde, afirmando, inclusive, a significativa importância desta nomeação.

Somente três anos depois, em 2005, é que foi aprovada a “*Loi n.º 2005/370 du 22 avril 2005, relative aux droits des malades et à la fin de vie*”, que altera o *Code de la Santé*

⁶⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O consentimento informado na experiência europeia*. Palestrada apresentada, em 10 de Novembro de 2010, no I Congresso Internacional sobre “Os desafios do direito face às novas tecnologias”. Ribeirão Preto, São Paulo, p. 08.

Publique e prevê a possibilidade de interrupção, ou até mesmo de não emprego, de tratamentos médicos inúteis e desproporcionais desde que o paciente assim se tivesse manifestado, de modo a salvaguardar a dignidade do paciente.

Pelo que qualquer pessoa adulta pode redigir a sua diretiva antecipada de saúde: “Toda pessoa adulta pode redigir diretivas antecipadas para o caso de um dia estar em estado de incapacidade de exprimir a sua vontade. Essas diretivas antecipadas indicam os desejos da pessoa relativos ao fim de vida e às condições da limitação ou cessação de tratamento. Elas são revogáveis a qualquer momento. Desde que as diretivas tenham sido redigidas há menos de três anos do estado de inconsciência do seu outorgante, o médico toma-as em consideração para qualquer decisão de investigação, de intervenção ou de tratamento indicado”⁶⁹.

Depreende-se da leitura do aludido artigo que, apesar do direito francês reconhecer a validade das DAVs, apenas lhe atribui força meramente indicativa, e desde que respeitados todos os requisitos formais exigidos, ou seja, que se revista em um documento escrito e que tenha sido redigido há menos de três anos da entrada do outorgante em situação de incapacidade.

2.2.4.2. ESPANHA

As diretivas antecipadas de vontade também encontram previsão legal no ordenamento jurídico espanhol, cuja “*Ley de Autonomía del Paciente (n.º 41/2002 de 14.11)*” reconhece tanto o documento de “*instrucciones previas*”⁷⁰, através do qual uma pessoa maior de idade, capaz e livre pode manifestar antecipadamente a sua vontade acerca dos cuidados de saúde, como a nomeação de um representante que dialogue com a equipa

⁶⁹ Article L. 1111-11 - Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement. Elles sont révocables à tout moment. A condition qu'elles aient été établies moins de trois ans avant l'état d'inconscience de la personne, le médecin en tient compte pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement la concernant.

⁷⁰ A legislação federal espanhola optou pela denominação “*instrucciones previas*”, por força da Emenda 90, de autoria do Grupo Parlamentar Popular no Congresso Nacional, que criticava o uso do termo “*voluntades anticipadas*”, por este se referir essencialmente ao cenário norte-americano e estar intrinsecamente relacionado com o âmbito da bioética. Todavia, das dezasseis comunidades autónomas espanholas que possuem lei sobre o tema, apenas cinco seguem a legislação federal no que toca ao uso da expressão “*instruções previas*”, as outras onze denominam o documento aqui estudado de “*vontade antecipada*”.

médica no sentido de dar a conhecer a verdadeira vontade do paciente ⁷¹; além de relegar para o direito das Comunidades Autónomas a regulamentação legal da matéria, principalmente no que diz respeito aos requisitos formais.

A discussão acerca das diretivas antecipadas de vontade em Espanha ganhou força em 1986, quando a “*Asociación Pro Derecho a Morir Dignamente*” elaborou um modelo de DAV. Entretanto, a diretiva antecipada de vontade só passou a ser regulamentada em 01 de Janeiro de 2000, quando a Convenção de Oviedo entrou em vigor na Espanha. A primeira lei a tratar especificamente do tema foi a Lei n.º 21/2000, de 29 de Dezembro, da Comunidade Autónoma da Catalunha, malgrado o direito à autonomia do paciente já tivesse sido consagrado no ordenamento jurídico espanhol por força da *Ley n.º 14/1986*, de 25 de Abril, intitulada *Ley General de Sanidad* ⁷², que reconhece o direito à informação e ao consentimento prévio e por representação ⁷³.

Vê-se, portanto, que a Espanha assumiu uma postura vanguardista no que diz respeito às diretivas antecipadas de vontade, tendo já em 2002 dispensado tratamento legislativo à matéria. O Decreto Real n.º 124/2007 de 02 de Fevereiro, por fim, completa o tratamento legislativo das DAVs e cria o Registo Nacional das Instruções Prévias, cujo objetivo é coordenar os registos das instruções prévias de todas as regiões autónomas.

Assim, o Decreto Real n.º 124/2007 estabelece que todo cidadão espanhol tem direito a formular uma DAV, mas como nem todas as comunidades autónomas espanholas já legislaram sobre as diretivas antecipadas de vontade, estabelece-se que na eventualidade do outorgante residir em uma comunidade que ainda não tenha dispensado disciplina legal à matéria, deverá a autoridade competente enviar a diretiva ao Registo Nacional, que realizará, por sua vez, uma inscrição provisória. Assim, independentemente da legislação local ter regulado ou não o assunto, a diretiva antecipada de vontade emitida pelo paciente vinculará sempre a equipa médica.

⁷¹ Artículo 11. 1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

⁷² Disponível em http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/114-1986.html, acessado em 07.09.2014.

⁷³ BLANCO, Jaime Zabala. *Autonomía e instrucciones previas: un análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado Español*. 2007. Universidad de Cantabria, p. 37 Disponível em: http://www.tesisenred.net/TDX/TDR_UC/TESIS/AVAILABLE/TDR-0123108-125532//TesisJZB.pdf, acessado em 08.09.2014.

2.2.4.3. HOLANDA

A Holanda assumiu uma postura precursora na regulamentação das diretivas antecipadas de vontade, sendo o primeiro país europeu a elaborar uma legislação específica sobre este tema. A tendência dos tribunais holandeses desde a década de 80 era exatamente a de não punir criminalmente a prática de eutanásia naquele país, caso restasse provado ter havido uma manifestação expressa do paciente neste sentido e que o pedido fosse impulsionado por uma situação de grande sofrimento diante de uma doença incurável.

Esta brandura jurisdicional favoreceu o fortalecimento da prática denominada eutanásia piedosa, largamente aprovada pela opinião pública, apesar de ainda constituir tipo penal ensejador de pena de até doze anos de reclusão ⁷⁴, e estima-se que desde a década de 90, tenha havido na Holanda cerca de dez mil mortes por eutanásia ativa ⁷⁵.

Diante deste cenário de tolerância à prática da eutanásia, o reconhecimento da força vinculativa das declarações antecipadas de vontade concernentes à recusa ou admissibilidade de determinados tratamentos médicos não tardou e assim, o “lebens testament” está legalmente regulado desde 1995, no âmbito de legislação concernente aos contratos de tratamento médico.

Mais recentemente, em 2001, procedeu-se uma alteração legislativa no sentido de validar a elaboração de testamentos vitais que contenham pedidos expressos de eutanásia. A referida lei entrou em vigor em 2002, quando se tornou possível realizar uma declaração antecipada neste sentido, ressalvando que um pedido desta natureza não vincula a atuação médica, que poderá recusar cumprir o aludido pedido do paciente em respeito ao seu direito à objeção de consciência.

Uma particularidade do modelo holandês é o fato do testamento vital revestir a forma de um cartão pessoal, o qual, aconselha-se, deve ser sempre transportado pelos seus titulares, de modo a dar conhecimento da sua existência a terceiros na eventualidade de alguma emergência médica.

⁷⁴ A criminalização formal da prática de eutanásia na Holanda apenas foi extinta em 28 de Novembro de 2000.

⁷⁵ BRITO, António J. dos Santos Lopes de, RIJO, J. M. Subtil Lopes, *Estudo Jurídico da eutanásia em Portugal. Direito sobre a vida ou direito de viver?*, Editora Almedina, Coimbra, pp. 85 e 86.

2.2.4.4. ITÁLIA

O Código de Deontologia Médico italiano, aprovado em 1998, tratou especificamente da autonomia do paciente no artigo 34º, ao reconhecer a inviolabilidade da dignidade, liberdade e vontade do paciente, seja ela atual ou tenha sido manifestada previamente. Ademais, considerou, em sede do artigo 37º, como má prática médica a obstinação terapêutica em pacientes em estado terminal.

Apesar de desprovida de força jurídica *erga omnes*, a norma deontológica da ordem italiana foi precursora no reconhecimento dos direitos dos pacientes naquele país. O debate sobre as diretivas antecipadas adquiriu relevo na sociedade italiana quando o Comitê Nacional de Bioética, em 2003, apresentou um documento intitulado “*Dichiarazioni Anticipate di Trattamento*”, o qual, além de tratar pormenorizadamente acerca das diretivas antecipadas de vontade, ressalta a urgência de uma lei italiana que regulamente o artigo 9.º da Convenção de Oviedo, da qual a Itália é signatária, de modo que as DAVs fossem dotadas de força vinculativa.

Na ausência da lei, a discussão acerca das diretivas antecipadas foi adquirindo crescente importância e impulso a partir do tratamento jurisprudencial do tema, nomeadamente no que diz respeito a dois casos judiciais que tiveram grande repercussão nacional, extrapolando os meios acadêmicos aos quais as principais discussões acerca das DAVs estavam restritas até então, e cujas decisões tornaram-se paradigmáticas no tratamento da matéria.

O primeiro caso refere-se a Piergiorgio Welby, então com sessenta anos de idade e que sofria de distrofia muscular progressiva desde os dezoito anos. Estava há nove anos dependente de um respirador artificial para continuar vivo, quando, em 2006, o seu estado de saúde piorou drasticamente. Piergiorgio Welby recorreu à justiça italiana para que fosse deferido o pedido de desligamento dos aparelhos que o mantinham vivo. O Tribunal de Roma, em decisão de 22 de Setembro de 2006, indeferiu o pedido de Welby que, então, redigiu uma carta aberta ao presidente Giorgio Napolitano na qual explicava o seu sofrimento e vontade de morrer. Esta carta gerou grande comoção na sociedade italiana.

Em 21 de Dezembro do mesmo ano, o médico anestesista Mario Ricco sedou Welby, a seu pedido, e desligou o respirador que o mantinha vivo, tendo sido, posteriormente, acusado da prática de eutanásia. Todavia, o Tribunal de Roma, o mesmo que antes havia negado o pedido de Piergiorgio Welby, acabou por absolver Mario Ricco

com fundamento no direito do paciente a recusar tratamento, pelo que o médico teria apenas acatado a vontade do paciente, em cumprimento com o seu dever profissional.

O segundo caso é o de Eluana Englaro, que em consequência de um acidente de viação, entrou em estado vegetativo persistente em 18 de Janeiro de 1992. O seu pai requereu judicialmente a interrupção do tratamento de suporte artificial da vida da filha, permitindo, assim, que ela morresse naturalmente. O pedido foi negado em Dezembro de 1999 pela Corte de Apelação de Milão, e em Abril de 2005 pelo Tribunal de Cassação.

Advindo um novo julgamento do pedido no Tribunal de Apelação de Milão, em 09 de Julho de 2008, o pedido de Beppino Englaro, pai da paciente, a suspender os métodos de alimentação e hidratação artificiais que mantinham a filha viva foi autorizado. A fundamentação desta decisão invocava o artigo 9.º da Convenção de Oviedo, o artigo 3.º, n.º 2, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a autodeterminação terapêutica do paciente, o direito fundamental à saúde e a inviolabilidade da liberdade pessoal. Declarou ainda, a Corte de Apelação, que a interrupção da alimentação e hidratação artificiais não implicaria a prática de eutanásia, uma vez que apenas permitiria o curso natural da doença.

O Ministério interpôs recurso, o qual não foi admitido por ilegitimidade da parte em 13 de Novembro de 2008. Assim, transitou em julgado a decisão de autorização à suspensão das medidas de suporte da vida Eluana. O primeiro-ministro Silvio Berlusconi emitiu um decreto em 06 de Fevereiro de 2009 com o objetivo de impedir o cumprimento desta decisão, todavia o presidente italiano Giorgio Napolitano se recusou a promulgar o decreto. Eluana Englaro morreu em 09 de Fevereiro de 2009, depois de dezassete anos em estado vegetativo persistente.

A proposta de lei de 26 de Março de 2009, sobre “*disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*” é então aprovada no Senado e na Câmara dos Deputados. Trata-se de um projeto manifestamente conservador que rejeita veemente qualquer modalidade de eutanásia, assistência ou ajuda ao suicídio, ao passo em que consagra o princípio da indisponibilidade da vida humana e da “aliança terapêutica” como máxima da relação médico-paciente.

Determina que as diretivas antecipadas de vontade não vinculam a atividade médica, a qual deve dirigir-se exclusivamente à tutela da vida, da saúde e à diminuição do sofrimento. A tutela da vida humana é reconhecida, em seu artigo 1.º, alínea a), como

direito inviolável e indisponível, garantido mesmo na fase terminal da existência e na hipótese de a pessoa já não se encontrar em condições de entender e de querer.

Mais uma vez no que concerne às diretivas antecipadas de tratamento, essas apenas são consideradas relevantes quando se referem à rejeição de tratamentos desproporcionais ou experimentais, jamais quando se trate de um tratamento considerado essencial à salvaguarda da vida, como são exemplos a hidratação e a alimentação artificiais, conforme art. 3º, n.º 5. O projeto de lei rejeita o encarniçamento terapêutico, na mesma medida que rejeita a ideia de que o paciente possa decidir acerca dos cuidados de saúde que aceita receber ou não.

Em defesa da aprovação desta proposta de lei mobilizaram-se os principais movimentos católicos e representantes da Igreja Católica que elaboraram um manifesto de vinte e três associações católicas, pelo que é indiscutível o viés religioso que o direito à vida adquiriu para o legislador italiano.

2.2.4.5. ÁUSTRIA

A Áustria segue um modelo único, a começar pelo conceito de diretiva antecipada no qual se baseia a lei austríaca. Para efeito da “*Patientenverfügungsgesetz*” de 08 de Maio de 2006, a DAV é a declaração de vontade por meio da qual o paciente recusa um determinado tratamento médico, portanto as únicas disposições de paciente que se revestem de importância para a ordem jurídica austríaca são apenas aquelas que se traduzem em uma indicação de recusa.

Além do que, as diretivas antecipadas de vontade austríacas dividem-se em duas subcategorias de acordo com o seu respetivo processo de elaboração. Assim, podem ter força vinculativa caso se trate de um documento escrito, com indicação da data de sua celebração, assinado presencialmente perante advogado, notário ou colaborador com conhecimentos jurídicos das instituições pertinentes à defesa dos direitos dos pacientes. Requer, ainda, prévio aconselhamento médico acerca da natureza das disposições antecipadas ali manifestadas e as suas respetivas consequências em termos de tratamento, e estabelece um prazo de validade de cinco anos a contar do momento da sua celebração, e a sua renovação exige que sejam observadas todas as exigências referidas para a sua

elaboração. Todavia, se ao fim do prazo de validade dos cinco anos, o paciente se encontrar em uma situação de incapacidade, então a respetiva diretiva manter-se-á válida.

Caso a diretiva antecipada não preencha todos requisitos legais exigidos, não possuirá força vinculativa, mas tão-somente indicativa da real vontade do paciente, devendo ser considerada no momento da apuração do consentimento presumido.

O modelo austríaco recebe duras críticas por instituir um regime de dupla valoração das DAVs. Se determinada diretiva não suscita dúvidas acerca da sua autenticidade, servindo, inclusive, como fonte da vontade presumida do seu outorgante, não é defensável que não vincule a atuação médica por lhe faltar, a título de exemplo, o prévio aconselhamento médico.

2.2.4.6. ALEMANHA

No ordenamento jurídico alemão, a regulamentação da *Patientenverfügungen*, ou diretiva antecipada de vontade, se faz no âmbito do Código Civil, por força de lei datada de 01 de Setembro de 2009, que acrescentou os §§1901 a 1904 no BGB, mais precisamente no círculo da assistência legal, no âmbito Direito de Família.

Mesmo antes de expressamente validadas pela lei, as diretivas antecipadas de vontade já eram reconhecidas e valoradas pelos tribunais germânicos. Acontece que pairavam muitas incertezas e contradições no tratamento jurisprudencial concedido ao tema, pelo que se tornou urgente legislar acerca da matéria.

O debate germânico foi sobretudo cauteloso, assombrado pela mácula da eutanásia eugénica levada a cabo no séc. XX pela Alemanha nazi sob o pretexto de purificação da raça e eliminação da sociedade de pessoas com uma vida “sem valor”⁷⁶.

A crescente incerteza acerca da força vinculativa das Diretivas Antecipadas de Vontade fez com que o Ministério da Justiça nomeasse um grupo de trabalho para apresentar uma proposta legislativa acerca das DAVs. Assim, em Julho de 2004 foi apresentado um relatório que, dentre as principais conclusões, evidenciava o carácter

⁷⁶ BRITO, António J. dos Santos Lopes de, RIJO, J. M.. Subtil Lopes, *op. cit.*, pp. 29 e 30. Os autores, entretanto, esclarecem que “a denominação eutanásia para o tipo de procedimento ocorrido na Alemanha nazi e casos afins é incorreta, pois não havia o interesse de diminuir o sofrimento de uma pessoa capaz e informada do seu estado de saúde (...) Não podemos considerar eutanásia um processo através do qual se mata todo o ser humano considerado inútil ou incurável”.

vinculativo das diretivas antecipadas, a dispensabilidade da forma escrita e reivindicava a intervenção judicial somente em situações de abuso.

Porém, o Parlamento alemão também criou uma comissão especializada para estudar o assunto e propor um modelo de legislação. A comissão apresentou o relatório do seu trabalho em Setembro de 2004, o qual concluía pela limitação da eficácia das DAVs a casos de doença irreversível conducente à morte, a obrigatoriedade da forma escrita e exigia que a suspensão de medidas de prolongamento da vida somente se realizasse por autorização judicial.

O antagonismo que se depreende da análise de ambos os relatórios também marcou a discussão legislativa no âmbito do *Bundestag*, o Parlamento alemão, quando em 2008, foram apresentados dois projetos de leis conflitantes, nomeadamente o Projeto Stünker e o Projeto Bosbach. Após intenso debate foi aprovado o Stünker, em 18 de Junho de 2009, ainda que por uma estreita margem de votos. Pode-se afirmar ser o grande contributo deste projeto de lei a legitimação do instituto das diretivas antecipadas de vontade como fundamento autónomo da vontade do paciente, diferenciando-o do contexto da vontade presumida como acontecia até então.

A lei alemã, apesar de ser particularmente exigente com os requisitos de validade das diretivas antecipadas de vontade, privilegia a compreensão da autonomia do doente, entendendo que tanto a vontade real, expressa no documento de DAV, como a vontade presumida, devem ser sempre respeitadas, independentemente da natureza ou estágio de doença da qual padeça o seu outorgante. Para tanto, determina que a vontade presumida deve ser obtida com segurança, considerando as afirmações, sejam escritas ou verbais, e convicções religiosas e morais do paciente.

A questão da restrição do alcance da validade da diretiva antecipada de vontade assumiu grande relevo durante o processo legislativo na Alemanha, tendo por fim sido acolhido o entendimento que a vontade previamente declarada por meio de uma diretiva antecipada, assim como a vontade presumida, devem ser respeitadas independentemente do tipo ou estágio da doença.

A lei alemã determina que as diretivas antecipadas gozam de força vinculativa e atribui particular importância à vontade presumida tanto na ausência de disposição escrita, como quando a diretiva não corresponda ao atual estado de saúde do seu outorgante ou até

mesmo ao tratamento indicado. Não impõe nenhum procedimento de consulta, nem estipula um prazo de validade para as diretivas formuladas.

Por fim, determina a lei que a intervenção do tribunal não é obrigatória caso não haja fundadas dúvidas quanto à verdadeira vontade do doente, ou em outras palavras, sempre que houver consenso de que a outorga ou recusa do consentimento do paciente a uma determinada ação médica corresponde verdadeiramente à sua intenção. Logo, a intervenção judicial ficará adstrita a situações de conflito.

Comparativamente com a lei austríaca de 2006, há que se reconhecer que a regulamentação germânica é consideravelmente mais favorável ao reconhecimento e validação da autonomia do paciente. O “*Bundesgerichtshof*” analisou a validade dos §§ 1901 a 1904 do BGB no Acórdão BGH 2 StR 454/09, de 25 de Setembro de 2010, que concluiu pela sua legitimidade com fundamento no respeito à autodeterminação dos doentes.

2.2.4.7. PORTUGAL

Portugal foi um dos países signatários da Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, tendo a ratificado em Janeiro de 2001, através da Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001 ⁷⁷. Não obstante, tenha-se reconhecido juridicamente a eficácia da vontade anteriormente manifestada pelo paciente face a um determinado tratamento médico a ser realizado em um momento posterior, o fato é que apenas uma década após este reconhecimento é que Portugal apresentou uma legislação específica sobre o tema.

Em 2006, a Associação Portuguesa de Bioética apresentou à Assembleia da República Portuguesa um Projeto de Diploma N.º P/06/APB/06 ⁷⁸ para regular o exercício do direito a formular diretivas antecipadas de vontade no âmbito da prestação de cuidados de saúde e criar o correspondente registo nacional. Tratou-se de uma iniciativa louvável, exemplo do engajamento democrático que se pretende da sociedade civil em um contexto participativo e plural.

⁷⁷ Publicado no Diário da República – I Série-A N.º 2, de 03 de Janeiro de 2001.

⁷⁸ MELO, Helena Pereira de, NUNES, Rui, Projeto n.º: P/06/APB/06, disponível em http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802554221200319873p_06_apb_06_testamento_vital.pdf.pdf, acessado em 07.08.2014.

Este projeto foi posteriormente substituído, com ligeiras modificações no seu conteúdo pelo Projeto de Diploma N.º P/16/APB/09⁷⁹, cuja inovação foi acolher a crítica da “recusa antecipada não esclarecida”⁸⁰. Ou seja, o anterior projeto da APB não exigia que o paciente tivesse qualquer tipo de orientação prévia para que estivesse habilitado a redigir uma diretiva antecipada de vontade. Contudo, como a teoria do consentimento informado baseia a sua validade em uma decisão livre e esclarecida, considerava-se que para recusar um tratamento específico também fosse necessário o esclarecimento por um profissional habilitado.

O Projeto N.º P/16/APB/09, então, determina em seu artigo 11.º, n.º 7, a obrigatoriedade da orientação médica ao dispor que “a eficácia vinculativa da diretiva antecipada de vontade depende, nomeadamente, da participação de um médico no esclarecimento cabal do outorgante sobre o alcance da decisão de elaborar um testamento de paciente ou de nomear um procurador de cuidados de saúde”.

Em 21 de Maio de 2009, o Grupo Parlamentar do Partido Socialista apresentou à Assembleia da República o Projeto de Lei n.º 788/X⁸¹, com o título “Direitos dos doentes à informação e ao consentimento informado”, ou seja, não se tratava de um projeto de lei especialmente voltado para as diretivas antecipadas de vontade, de modo que da totalidade de seus vinte e quatro artigos, apenas seis tratavam especificamente das DAVs. O aludido projeto foi aprovado na generalidade com votos favoráveis do Partido Socialista e Partido Comunista Português, e contrários do Partido Social Democrata e do Centro Democrático Social, e abstenção do Bloco de Esquerda, entretanto foi posteriormente retirado.

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida emitiu um parecer sobre este projeto, o Parecer n.º 57/CNECV/09⁸², datado de 16 de Julho de 2009, em resposta à solicitação da Comissão Parlamentar de Saúde da Assembleia da República e do Grupo Parlamentar do Partido Social Democrata. Os relatores Daniel Serrão e João Lobo

⁷⁹ MELO, Helena Pereira de, NUNES, Rui, Projeto n.º: P/16/APB/09, disponível em http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802529311273053917parecer_16_testamento_vital_2009.pdf, acessado em 07.08.2014.

⁸⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Declarações Antecipadas de Vontade: vinculativas ou apenas indicativas?*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, org. Manuel da Costa Andrade et. al, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, vol. 4, p.829.

⁸¹ Disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c316776644756346447397a4c334271624463344f4331594c6d527659773d3d&fich=pj1788-X.doc&Inline=true>, acessado em 07.08.2014.

⁸² Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273053812_P057_CNECV.pdf, acessado em 07.08.2014.

Antunes, dentre as fortes críticas que fazem ao projeto, ressaltam que melhor opção seria elaborar “uma boa lei tratando exclusivamente das decisões antecipadas, cuja importância e necessidade não é de mais encarecer e salientar”.

Em 20 de Setembro de 2010 foram apresentados dois projetos de lei à Assembleia da República, o Projeto de Lei n.º 413/XI/2ª da autoria do Grupo Parlamentar do Partido Socialista e que substitui o anterior Projeto n.º 788/X, e o Projeto de Lei n.º 414/XI/2ª, de autoria do Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda, intitulado “Direito dos cidadãos a decidirem sobre a prestação futura de cuidados de saúde, em caso de incapacidade de exprimirem a sua vontade, e cria o Registo Nacional de Testamento Vital”. No âmbito da discussão legislativa destes diplomas, a Comissão Parlamentar de Saúde apresentou um parecer acerca dos dois projetos apresentados e a Associação Portuguesa de Bioética apresentou um novo estudo sobre os testamentos vitais, o Estudo n.º E/17/APB/10 ⁸³.

Em Outubro do mesmo ano foi a vez do Grupo Parlamentar do Partido Social Democrata apresentar um projeto de lei próprio sobre o assunto, o Projeto n.º 428/XI/2ª – Declarações antecipadas de vontade (Testamento Vital). Em seguida, os deputados do Centro Democrático Social também apresentaram o Projeto n.º 429/XI/2ª – Regula as diretivas antecipadas de vontade em matéria do testamento vital e nomeação de procurador de cuidados de saúde e procede à criação do registo nacional do testamento vital.

O CNECV emite, então, novo parecer sobre os quatro projetos de lei relativos às declarações antecipadas de vontade em Dezembro de 2010, o Parecer n.º 59/CNECV/2010 ⁸⁴. Entretanto, advindo a demissão do Primeiro-ministro José Sócrates e a consequente dissolução da Assembleia da República e convocação de eleições antecipadas em Junho de 2011, por Decreto do Presidente da República n.º 44-A/2011, as quatro iniciativas legislativas acerca das diretivas antecipadas de vontade apresentadas no ano de 2010 caducaram, nos termos do n.º 6 do artigo 167.º da CRP.

No início da XII legislatura, os partidos políticos apresentaram novos projetos legislativos. PL n.º 21/XII/1ª, apresentado em 14 de Julho de 2011 pelo Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda. Em 09 de Setembro de 2011 os Grupos Parlamentares do Partido Socialista, do Partido Social Democrata e os Deputados do Centro Democrático Social,

⁸³ Disponível em http://www.apbioetica.org/fotos/gca/1284923005parecer-testamento_vital.pdf, acessado em 07.08.2014.

⁸⁴ Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1293115760_Parecer%2059%20CNECV%202010%20DAV.pdf, acessado em 07.08.2014.

apresentaram, respetivamente, os projetos de lei de n.º 62/XII/1ª, o PL n.º 63/XII/1ª e o PL n.º 64/XII/1ª.

Estes quatro projetos foram apreciados conjuntamente. Após aprovação na generalidade, os projetos foram encaminhados para a Comissão Parlamentar de Saúde, que constituiu um Grupo de Trabalho para a sua discussão na especialidade, o qual procedeu à oitiva da Associação Mais Vida Mais Família e a análise dos pareceres encaminhados pela Ordem dos Notários e da Comissão Nacional de Proteção de Dados.

Em 30 de Maio de 2012 o texto de substituição elaborado pelo grupo de trabalho foi aprovado por unanimidade na Comissão Parlamentar de Saúde, seguindo à votação global do texto final, foi igualmente aprovado por unanimidade. Promulgada pelo Presidente da República a 5 de Julho, foi publicada em 16 de Julho a Lei Nº 25/2012, que regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento final, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital.

A razão de ser da Lei das Diretivas Antecipadas de Vontade não é exatamente reconhecer o direito à autodeterminação do paciente quando este se encontra em uma situação de incapacidade, mas, sobretudo, de atribuir aplicabilidade prática a este direito para que não restem dúvidas quanto ao seu alcance e força jurídica.

2.3. MODALIDADES DE DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

O instituto jurídico da disposição antecipada de vontade permite a faculdade da pessoa elaborar um documento no qual prescreva diretivas e orientações relativas, sobretudo, a intervenções médicas as quais admite que seja submetida, bem como aquelas que rechaça, na eventualidade de se encontrar futuramente em uma situação de incapacidade. Poderá revestir duas formas essenciais, a de um documento de diretivas antecipadas, ou a de documento de nomeação de um procurador para cuidados de saúde, ressaltando-se que não se tratam de modalidades excludentes, pelo contrário, coadunam-se harmoniosamente, ao passo em que assim dispensam uma maior proteção à autonomia do paciente.

2.3.1. TESTAMENTO VITAL

O testamento vital é um documento escrito no qual uma pessoa consigna as suas vontades quanto aos cuidados médicos que pretende ou não pretende 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 ⁸⁵.

Portanto, é através do testamento vital que o paciente assegura o seu direito à autodeterminação pessoal, manifestando no presente uma vontade livre, lícita e esclarecida, para que esta seja tomada em consideração futuramente, no caso de vir a padecer de enfermidade que lhe torne incapaz de expressar a sua própria vontade.

Deste modo, podemos caracterizar o testamento vital como “um nobre e louvável esforço de humanização e uma tentativa de reapropriação da morte, porque possui como objetivo último a preservação da dignidade humana no fim da vida”⁸⁶.

A Lei n.º 25/2012, que regula as diretivas antecipadas de vontade, define, no seu artigo 2º, o testamento vital como “o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja ou não receber no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente”.

Apesar da predileção da doutrina portuguesa pela expressão “testamento vital” ⁸⁷, tendo sido, inclusive, esta a terminologia usada no diploma legal que regula a matéria em Portugal, não raro levantam-se vozes críticas a esta escolha por considera-la inapropriada, principalmente pela confusão com a figura da sucessão testamentária que o vocábulo “testamento” provoca. Outras críticas têm como alvo a segunda denominação, “vital”, supostamente responsável por induzir o entendimento de que versaria tão-somente acerca de decisões entre a vida e a morte.

⁸⁵ KENIS; Yvon, *Directivas Antecipadas*, in Nova Enciclopédia da Bioética (coordenação Gilbert Hottoi e Jean- Noel Missa) pp.621, apud MELO, Helena Pereira de, *As diretivas antecipadas de vontade no direito português*, in Testamento vital, p. 157, Editora Almedina, Coimbra.

⁸⁶ BAUDOIN, Jean-Louis e BLONDEAU, Danielle, *Éthique de la mort et droit à la mort*, Paris, Universitaires de Frande, 1993, pp. 97-98.

⁸⁷ “A expressão “living will” – da qual surgiu a tradução portuguesa “testamento vital” – parece ter sido utilizada pela primeira vez por Luis Kutner, jurista em Chicago, num artigo publicado no *Indiana Law Journal*, em 1969, que se intitulava “Due Process of Euthanasia: The Living Will, a Proposal” - NUNES, Rui. *Dimensão ética da abordagem do doente terminal*. Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, 1992.

Nas palavras de Faria Costa ⁸⁸, ao clássico e indiscutível testamento sobre o “ter” o “eu” reivindicava e reivindica, agora, um análogo tratamento para testamento sobre o “ser”. Segundo Helena Pereira de Melo, o testamento de paciente, à semelhança do que acontece com o testamento originário do Direito Sucessório ⁸⁹, é um ato pessoal, unilateral e revogável pelo qual a pessoa expressa claramente a sua vontade. No entanto, as disposições nele inseridas são, ao contrário da sucessão testamentária, apenas de caráter não-patrimonial e destinam-se a ser válidas no período anterior à morte do testador ⁹⁰, na eventualidade de um momento futuro de incapacidade.

Assim, há quem prefira outras construções linguísticas, como “testamento em vida”, “testamento de paciente”, “testamento biológico”, ou ainda, “cláusulas testamentárias sobre a vida”, para referir-se à espécie de diretiva antecipada que estabelece as orientações do paciente para o seu fim de vida. A maioria, no entanto, continua a basear a sua gênese no inadequado vocábulo da doutrina sucessória. Assim, não estando nenhuma terminologia ao abrigo das críticas, foi a expressão “testamento vital”⁹¹ que tornou-se mais comumente utilizada.

2.3.2. PROCURAÇÃO PARA CUIDADOS DE SAÚDE

A segunda modalidade das diretivas antecipadas de saúde é a nomeação de um “procurador para cuidados de saúde”, representante escolhido pelo paciente, num momento que se encontra na posse das suas capacidades intelectuais e volitivas, para que, na eventualidade de se encontrar incapaz de expressar a sua vontade, este representante possa tomar todas as decisões necessárias em matéria de saúde.

A Lei nº 25/2012 dispõe em seu artigo 11.º, nº 1, que “qualquer pessoa pode nomear um procurador de cuidados de saúde, atribuindo-lhe poderes representativos para

⁸⁸ COSTA, José de Faria, *O fim da vida e o direito penal*, in Liber Disciplinorum para Jorge de Figueiredo Dias (rgs.: ANDRADE, Manuel da ; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda, etc), Coimbra Editora, 2003, p. 793

⁸⁹ Conforme arts. 2179º e ss. do Código Civil.

⁹⁰ MELO, Helena Pereira de, *As Directivas Antecipadas de Vontade no Direito Português*, in Testamento Vital, Editora Almedina, Coimbra, 2011, pp.158.

⁹¹ O termo “testamento vital” parece ter surgido de uma tradução equivocada da expressão americana “living will”, uma vez que a palavra “will” possa significar, além de testamento, “vontade” ou “desejo”, e a conjugação do verbo “live” remete às expressões “de vida” ou “em vida”. Assim, é possível que a expressão inaugurada pelo jurista Kutner pretendesse designar “desejo de vida” ou “vontade em vida” e não fazer referência ao instituto sucessório.

decidir sobre os cuidados de saúde a receber, ou a não receber, pelo outorgante, quando este se encontra incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente”.

A figura do procurador para cuidados de saúde tem como principal referência o *durable power of attorney* ou *health care proxy*⁹². Em sede de testamento vital, a decisão sobre o tratamento em causa é tomada pelo próprio paciente, ainda que em um momento prévio. Já a nomeação de um representante permite que este, diante das circunstâncias apresentadas pela equipe médica, possa decidir de acordo com os valores da pessoa representada.

Muitas são as dificuldades que caracterizam a elaboração de um testamento vital, uma vez que a sua linguagem deve ser cuidadosamente trabalhada. Como o seu conteúdo versa obrigatoriamente acerca de situações clínicas, é normal que o testador, não possuindo o domínio da linguagem médica, possa utilizar expressões ambíguas que acabem por impossibilitar a observância do documento, tais como “doença em fase terminal” ou ainda “dano cerebral irreversível”, etc.

Deve-se ter em atenção que o testamento vital também não pode ser um documento excessivamente detalhado, ou corremos o risco, como explica Vera Lúcia Raposo⁹³, de a situação nele prevista não se realizar na prática. Na hipótese do testamento vital versar acerca de uma lista pormenorizada de tratamentos e cenários médicos, é provável que as situações da vida real acabem por nunca corresponder àquelas todas aí previstas e o documento, então, se revelará inútil. Por outro lado, o futuro é tão incerto que é inquestionável a dificuldade de prever tudo aquilo que nos pode acontecer.

Da incontornável dificuldade de idealizar um documento que seguramente garanta ao paciente o estrito cumprimento das suas orientações em um momento de incapacidade, é que surge a grande vantagem da figura do procurador de cuidados de saúde, qual seja a possibilidade de adaptar a vontade real do paciente, suas concepções e anseios à toda a panóplia de adversidades que podem vir a acontecer futuramente.

⁹² O *durable power of attorney* foi pensado, desde o início como uma alternativa aos mais rígidos procedimentos judiciais de suprimimento da vontade dos adultos com vontade diminuída. A sua consagração no contexto norte-americano data já de 1969, quando da promulgação do *Uniform Probate Code* (UPC), cujo valor meramente indicativo só adquire força legal quando recepcionados pela ordem jurídica interna dos Estados. Atualmente os cinquenta Estados americanos consagram a figura do *durable power of attorney*, seja na versão do UPC, ou na mais recente versão do *Uniform Durable Power of Attorney Act* (1979), in “Uniform Laws Annotated”, vol. 8^a, West Publishing Co, p. 309, citado por VÍTOR, Paula Távora, *Procurador para cuidados de saúde - Importância de um novo decisor*, in *Lex Medicinæ*, Ano 1, n.º 1, 2004, p. 124.

⁹³ RAPOSO, Vera Lúcia, *Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida*, in *Revista do Ministério Público*, n.º 125, Janeiro: Março 2011, p. 174.

Tendo em vista a inegável complementaridade de ambas as modalidades de diretivas antecipadas de vontade, é de todo aconselhável a elaboração conjunta do testamento vital e da procuração para cuidados de saúde. Assim, advindo um estado de incapacidade ao outorgante, o disposto no documento de testamento vital deverá ser cumprido, apenas na hipótese de desconhecimento ou dúvida quanto a determinada circunstância é que o procurados para assuntos médicos deverá intervir de modo a pacificar a questão, agindo sempre de acordo com a agenda de valores do paciente. A PCS assume, então, uma aplicação subsidiária ao testamento vital sempre que este existir. Destaca-se aqui a exceção do modelo holandês que atribui grande vinculatividade ao procurador de cuidados de saúde, permitindo que aja em sentido contrário ao disposto no testamento vital sempre que acredite existir fortes razões para tanto.

Paula Távora Vítor⁹⁴ trata minuciosamente das diferenças mais marcantes entre o testamento vital e a nomeação de procurador para cuidados de saúde, declarando que, enquanto os testamentos vitais tentam antecipar possíveis enfermidades e as soluções que se pretende ver consagradas, a PCS permite uma decisão casuística, uma vez que o procurador decide contemporaneamente ao surgimento do problema, sendo, por isso mesmo, este último um instrumento muito mais flexível e capaz de melhor responder aos objetivos do paciente.

A procuração para cuidados de saúde pouco muda de facto na prática médica que se conhece porque é exatamente esta a realidade que se tem vivido no que diz respeito à possibilidade de terceiros poderem decidir em nome do doente quanto à prestação de cuidados de saúde. Na impossibilidade do paciente prestar o seu consentimento face a uma determinada intervenção médica, normalmente são os familiares quem tomam as decisões que se façam necessárias. É também o que acontece com os indivíduos incapazes, sendo os seus representantes legais responsáveis por tais decisões.

Todavia, apesar da nomeação de procurador para cuidados de saúde em muito se assemelhar ao que já normalmente acontece nos ambientes hospitalares – ambos transferem para uma terceira pessoa o poder de decisão; o certo é que o procurador para cuidados de saúde (PCS) apresenta vantagens de grande importância na defesa da autonomia e dignidade do paciente.

⁹⁴ VÍTOR, Paula Távora, *op. cit.*, pp. 131 e 132.

A primeira delas diz respeito à segurança sobre quem está legalmente habilitado para decidir pelo doente. Como já mencionado anteriormente, ainda que a família não detenha a representação legal propriamente dita do paciente, em caso de uma incapacidade de facto, qualquer ente familiar pode atuar como espécie de mensageiro da vontade e desejos do doente. Entretanto, nem sempre são os familiares aqueles que são mais próximos do paciente, ou ainda, pode a família defender valores absolutamente contraditórios com a filosofia de vida da pessoa doente. Por fim, em uma hipótese de um conflito entre as orientações clínicas dadas pelo cônjuge e pelos progenitores do paciente, qual decisão deverá ser tomada em consideração pela equipa médica?

Logo, muitos dos problemas de se encontrar um decisor alternativo podem ser evitados com a nomeação de um procurador para cuidados de saúde, pois, além de evitar incertezas quanto à escolha do indivíduo que melhor pode decidir matérias desta natureza, este instrumento tem a vantagem de permitir ao paciente escolher precisamente quem vai ter a seu cargo determinadas decisões ⁹⁵.

Assim, não só se fortalece a convicção do paciente de que a sua vontade final será respeitada, muito em função da escolha de um representante que lhe seja de confiança, como também desonera a família da responsabilidade de tomar decisões que lhe sejam absolutamente dolorosas, como, por exemplo, aquelas que versam acerca da interrupção de técnicas de suporte da vida humana.

Outra grande vantagem da nomeação de um procurador para cuidados de saúde é que enquanto as suas decisões são tão válidas quanto às proferidas pelo próprio doente ⁹⁶, devendo ser estritamente respeitadas pelos profissionais que prestam cuidados de saúde ao outorgante ⁹⁷, as orientações prestadas pelos familiares não possuem força vinculativa para a atuação médica, são meramente indicativas acerca das opções da pessoa doente, sendo tomadas em consideração pelo médico apenas para efeito de aferir a vontade hipotética do mesmo de acordo com a regra do consentimento presumido.

Não obstante todas as vantagens que a PCS oferece em razão da sua flexibilidade diante dos eventuais desenvolvimentos da enfermidade do paciente, possibilitando uma consideração mais adequada do seu verdadeiro quadro clínico, os testamentos vitais têm

⁹⁵ VÍTOR, Paula Távora, *Procurador para...*, *op. cit.*, p. 130.

⁹⁶ “As decisões do Procurador, dentro dos limites da procuração que lhe foi concedida, prevalecem sobre as de qualquer outra pessoa, exceto as do próprio outorgante” – RAPOSO, Vera Lúcia, *Directiva antecipada...*, *op. cit.* p. 175.

⁹⁷ Conforme Art. 13º, nº 1, Lei 25/2012.

tido maior aceitação. Esta preferência parece estar associada a um certo incómodo em atribuir tão largo poder de decisão a uma terceira pessoa, além do desejo de livrar o procurador para cuidados de saúde de um fardo tão difícil como é a decisão de suspender um tratamento de suporte vital.

Por fim, importa ressaltar que as duas modalidades de diretivas antecipadas de vontade não são excludentes, pelo contrário, integram-se reciprocamente de modo a conferir a maior proteção à autonomia do paciente.

2.3.2.1. ADMISSIBILIDADE DA REPRESENTAÇÃO VOLUNTÁRIA

Há considerável discussão acerca da admissibilidade da representação voluntária em matéria de consentimento para intervenções médicas, afinal não sendo o consentimento médico um negócio jurídico propriamente dito, poderá ser objeto de procuração? O Código Civil Português define a procuração como o ato pelo qual alguém atribui a outrem, voluntariamente, poderes representativos ⁹⁸, ao passo em que explica os efeitos da representação com referência ao negócio jurídico ⁹⁹, logo, numa primeira interpretação parece ser a procuração apta tão somente a atribuir poderes representativos para a prática de negócios jurídicos.

A procuração é um negócio jurídico unilateral, e como tal, são atos de autonomia privada da autoria apenas do representado, que cria uma relação de representação voluntária independentemente da anuência do representante, pelo que o procurador é legitimado a representar o outorgante, todavia não será obrigado a fazê-lo. A representação voluntária não vincula o procurador, o qual pode livrar-se dos poderes representativos a si concedidos pelo representado, ainda que a lei não o preveja especificamente ¹⁰⁰. Na hipótese em apreço, da procuração de cuidados de saúde, esta extingue-se por renúncia do procurador, conforme disposto no artigo 13.º da Lei n.º 25/2012.

De fato, o procurador para cuidados de saúde ficará encarregado de celebrar determinados atos que são inegavelmente negócios jurídicos e que, portanto, não despertam quaisquer dificuldades jurídicas. O problema que aqui se põe é que sendo o

⁹⁸ ART. 262º, CC.

⁹⁹ ART. 258, CC.

¹⁰⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 6.ª ed., 2010, pp. 497 – 500.

objeto principal desta modalidade de diretiva antecipada de vontade o consentimento médico, ao nomear um PCS, o paciente estaria transferindo os seus direitos de personalidade?

Há, dentre a melhor doutrina, quem responda afirmativamente a este questionamento, defendendo, portanto, a inadmissibilidade da representação voluntária em matéria de consentimento para prestação de cuidados de saúde, uma vez que, sendo os direitos de personalidade de caráter pessoal e intransmissível, o seu normal exercício só é possível pelo respetivo titular, sendo insuscetíveis de serem transmitidos para outro sujeito jurídico ¹⁰¹.

Na mesma linha de raciocínio, Manuel da Costa Andrade afirma que “a liberdade de dispor do corpo ou da própria vida é uma liberdade pessoal que não se comunica ao representante legal, nem é violada só por se contrariar a vontade do representante” ¹⁰². A autonomia do paciente, portanto, enquanto expressão da sua própria identidade, não poderia, jamais, ser delegada a um terceiro.

Defendendo a admissibilidade jurídica da procuração para cuidados de saúde, João Loureiro entende ser possível o seu enquadramento legal, por analogia, na disciplina do instituto da procuração. Para o autor, desde que a nomeação do PCS seja precisa, inequívoca e com uma delimitação precisa dos poderes que são concedidos ao procurador – “proibindo-se que se passe um cheque em branco, de forma a obstar que a decisão seja entendida como uma decisão do representante, sem qualquer referência às orientações do representado” ¹⁰³, constitui uma forma de exercício da autonomia pelo cidadão que não será posta em causa.

Similarmente, afirma André Dias Pereira que sendo o consentimento para tratamentos médicos uma “autorização para a realização de uma ação fática, que deve ser qualificada como um ato jurídico *stricto sensu*, de natureza quase negocial”, deve-se avançar progressivamente no reconhecimento da “autodeterminação preventiva e a delegação do exercício de direitos da personalidade”¹⁰⁴.

¹⁰¹ SOUSA, Rabindranath V.A. Capelo de, *O Direito Geral da Personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 402 e 403.

¹⁰² ANDRADE, Manuel da Costa, *Intervenções e Tratamentos Médico-cirúrgicos Arbitrários*, in Comentário Conimbricense do Código Penal, tomo I, (coord.: Jorge de Figueiredo Dias), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 381 e 383.

¹⁰³ LOUREIRO, João Carlos, *Metáfora do Vegetal ou Metáfora do Pessoal – Considerações jurídicas em torno do estado vegetativo crónico*, in Cadernos de Bioética, n.º 8, 1994, p.41.

¹⁰⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, pp.250-251.

Entendimento semelhante apresenta Geraldo Ribeiro que, apesar de atribuir uma natureza negocial, ainda que atípica, ao consentimento, defende ser a procuração para cuidados de saúde a manifestação de uma autonomia prospetiva, responsável por fazer da representação um meio através do qual o titular do direito de personalidade afirma o domínio sobre a sua esfera pessoal ¹⁰⁵.

Para esta corrente doutrinária, a nomeação de um procurador para cuidados de saúde não impõe a transferência da titularidade de direitos da personalidade, aquilo que se transfere, em verdade, é, tão-somente, o exercício de alguns destes direitos. Afinal, questiona Helena Pereira de Melo, “se o Direito vigente em Portugal admite o regime de representação legal em matéria de direitos de personalidade, o recurso à procuração para efeitos de celebração de casamento ¹⁰⁶ e de perfilhação ¹⁰⁷, porque não o há-de admitir no que concerne a outros atos também pessoais e livres, nomeadamente em matéria de prestação de cuidados de saúde?” ¹⁰⁸.

O acolhimento da admissibilidade da representação voluntária em matéria de consentimento revela-se a melhor opção doutrinária, caso contrário, traduzir-se-ia em profundo desequilíbrio que o ordenamento jurídico consagrasse normas que admitem a possibilidade de terceiros designarem um representante para o incapacitado ¹⁰⁹, ao passo em que não admite que seja o próprio indivíduo, no exercício da sua autonomia prospetiva, a designar quem de fato pretende que seja o seu representante na área da saúde.

Conquanto tenha interesse académico a presente discussão, importa ressaltar que a matéria resta pacificada, uma vez que a Lei nº 25/2012, ao regular a figura da procuração de cuidados de saúde no seu artigo 11º e seguintes, acabou por atestar categoricamente a sua admissibilidade legal. O referido diploma define a procuração de cuidados de saúde como documento pelo qual se atribui a uma pessoa, voluntariamente e de forma gratuita, poderes representativos em matéria de cuidados de saúde, para que aquela os exerça no caso do outorgante se encontrar incapaz de expressar de forma pessoal e autónoma a sua vontade ¹¹⁰.

¹⁰⁵ RIBEIRO, Geraldo Rocha, *A proteção do incapaz adulto no direito português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 281.

¹⁰⁶ Ver Art. 1620º do Código Civil.

¹⁰⁷ Ver Art. 1849º do Código Civil.

¹⁰⁸ MELO, Helena Pereira, *Directivas ...*, *op. cit.*, pp. 176 -177.

¹⁰⁹ Conforme Art. 143º, b), do Código Civil, que consagra a possibilidade dos pais (ou progenitor que exerce o poder paternal) da pessoa a incapacitar designarem o seu futuro representante

¹¹⁰ Cfr. Art. 12, nº 1, Lei 25/2012.

2.4. REQUISITOS DE VALIDADE DAS DIRETIVAS ANTECIAPADAS DE VONTADE

2.4.1. O PROBLEMA DA ATUALIDADE DO CONSENTIMENTO

A principal crítica que normalmente se tece face à legitimidade das diretivas antecipadas de vontade refere-se nomeadamente à sua suposta falta de atualidade, uma vez que o consentimento que comporta terá sido formulado, obrigatoriamente, em momento anterior àquele no qual se fará necessária a sua concretização.

O lapso temporal entre a manifestação da vontade do paciente e o momento em que efetivamente esta vontade vai ser tomada em consideração pode permitir que o paciente mude as suas convicções e perspetivas perante a vida. Além da própria incerteza de termos de decidir acerca de circunstâncias clínicas futuras e incertas, é certo que a própria evolução dos procedimentos terapêuticos medicamente indicados para determinada enfermidade pode alterar profundamente o modo como se enxerga e compreende aquela situação clínica.

Verdade também é que muitas vezes a proximidade da morte pode fazer com que as pessoas alterem drasticamente o modo como enxergam e valorizam a vida. O medo da finitude poderá, até mesmo, despertar a vontade de lutar incansavelmente pela sobrevivência, aceitando-se agora um tratamento específico que dantes lhe parecia repulsivo e sem razão de ser devido ao pouco proveito terapêutico que oferece.

Mais que a diferença temporal, dizem Isabel Renaud e Michel Renaud ¹¹¹, é a diferença entre o estado de saúde que levanta uma séria dúvida quanto à permanência daquela decisão manifestada numa situação de boa saúde, sublinhando a dificuldade de saber se o paciente ratificaria a diretiva antecipada caso se encontrasse num caso concreto de doença abrangida pelo teor deste instrumento.

Assim, os defensores da invalidade do consentimento informado plasmado nas diretivas antecipadas de vontade, dado que lhe falta o requisito da atualidade, afirmam

¹¹¹ RENAUD, Isabel, e RENAUD, Michel, *O testamento vital – Elementos de Análise*, in Revista Portuguesa de Bioética, nº 09, Dez. 2009, p. 323.

mesmo que uma recusa de tratamento transmitida através de uma DAV não veicularia a equipe médica por se tratar de um consentimento não atual e, por isso mesmo, ineficaz.

Todavia, apesar de se reconhecer que “quando trabalhamos sobre questões do “ser”, a atualidade é peça essencialíssima para se aferir da validade da vontade”¹¹², sabe-se perfeitamente que nem sempre o consentimento é prestado no momento específico do ato médico a que se refere, ou seja, não há a obrigatoriedade de que o consentimento produza efeitos imediatamente após ao momento da sua prestação.

Por mais perturbador que possa ser o hiato temporal entre a declaração de uma diretiva antecipada e o momento em que se exige o seu cumprimento, ele não é capaz de abalar a validade jurídica da DAV somente com base no argumento do transcurso do tempo. A declaração goza de presunção de validade até a sua revogação.

No Serviço Nacional de Saúde, por exemplo, os doentes inscritos para cirurgias nas listas de espera oficiais prestam o consentimento informado muitos meses antes da realização da cirurgia e, ainda que este consentimento devesse ser renovado em um momento imediatamente anterior ao procedimento cirúrgico, esta renovação nem sempre acontece¹¹³.

Com rigor, Figueiredo Dias posiciona-se favoravelmente à validade das diretivas antecipadas de vontade. Para o autor, “a argumentação que tem sido desenvolvida contra o valor (fortemente) indiciário de tais documentos – as mais das vezes em nome de um paralelismo com a doutrina jurídico-penal do “consentimento presumido” como causa de justificação - parece-me improcedente: as disposições antecipadas de vontade, sobretudo, se periodicamente reiteradas, constituem, bem pelo contrário, o mais forte indício da vontade presumida do declarante e só podem ser desobedecidas se forem conhecidas razões que definitivamente as contrariem”¹¹⁴.

Por certo que as experiências da vida modificam, não raro, a sensibilidade com que se enxerga tudo aquilo que acontece ao redor. Há, inclusive, o entendimento de que a DAV elaborada com antecedência seria mais elucidativa acerca das verdadeiras convicções do outorgante, uma vez que não teria sido influenciada pela angústia da doença.

¹¹² COSTA, José de Faria, *O fim...*, op. cit. p.793.

¹¹³ NUNES, Rui, Estudo nº E/17/APB/10 – Testamento Vital, p. 05, disponível em http://www.apbioetica.org/fotos/gca/1284923005parecer-testamento_vital.pdf, acessado em 02.09.2014.

¹¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal*, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 137, nº 3949, pp. 210 e 211.

Ninguém está a salvo de ter suas convicções estremecidas, de mudar de opinião, é verdade, mas não parece ser este o fundamento que legitime a exigência de uma espécie de consentimento instantâneo. Tal requisito acabaria mesmo por inviabilizar as diretivas antecipadas de vontade e poria em prova o valor probatório de qualquer declaração ¹¹⁵.

Nas palavras de Paulo Pinto de Albuquerque, “o consentimento dado neste documento é, e mantém-se atual, desde que o seu autor não tenha posteriormente manifestado, por qualquer meio, a sua vontade de o alterar ou revogar” ¹¹⁶. Tratar-se-ia, então, de uma atualidade muito mais lógica do que cronológica, afinal se o outorgante poderia a qualquer momento ter revogado a diretiva antecipada e não a faz, ao passo que inexistente qualquer sinal indicativo da mudança de seu posicionamento, não há porquê aqui se falar em falta do requisito da atualidade.

A Lei nº 25/2012 estabelece em seu artigo 7º, nº 1, um prazo de eficácia de cinco anos, a contar do momento da assinatura, para o documento de diretivas antecipadas de vontade. Esta disposição veio, então, silenciar o presente debate acerca da atualidade do consentimento em sede de diretivas antecipadas, reforçando a sua validade.

As dúvidas quanto à atualidade das diretivas antecipadas são ainda mais dirimidas quando se institui a criação de um Registo Nacional de Testamento Vital (RENTEV) ¹¹⁷, o qual só permite o registo de diretivas antecipadas dentro do prazo de validade predefinido dos cinco anos, o qual, ressalte-se, poderá ser sucessivamente renovado mediante declaração de confirmação do documento pelo outorgante ¹¹⁸.

Importante mencionar, ainda, que o prazo de eficácia do documento de diretiva antecipada de cinco anos será automaticamente renovado sempre que o seu outorgante altere o seu conteúdo, seja no sentido de acrescentar novas orientações, ou de eliminar certas disposições que já não refletem a sua real vontade.

¹¹⁵ Veja-se, por exemplo, a questão do testamento (art. 2179.º do Código Civil), em que o indivíduo, por vezes, manifesta a sua vontade muito anteriormente ao momento da sua concretização.

¹¹⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal* (À Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, p. 171.

¹¹⁷ Conforme Art. 15º, nº 1), da Lei nº 25/2012, “é criado no ministério com a tutela da área da saúde o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV), com a finalidade de rececionar, registar, organizar e manter atualizada, quanto aos cidadãos nacionais, estrangeiros e apátridas residentes em Portugal, a informação e documentação relativas ao documento de diretivas antecipadas de vontade e à procuração de cuidados de saúde”.

¹¹⁸ Conforme Artigo 7º, nº 2, da Lei nº 25/2012.

A possibilidade de que consentimento seja livremente revogado até a prática do ato em concreto ao qual se refere ¹¹⁹, também é outro fator de reforço à validade da DAV, de modo que, enquanto existir competência, o outorgante poderá revogar, a qualquer momento e por simples declaração oral ao responsável pela prestação de cuidados de saúde, a orientação expressa na diretiva antecipada.

Por fim, faz-se importante mencionar a incumbência que ficou a cargo dos serviços de RENTEV de informar por escrito o outorgante da DAV e, se for o caso, o seu procurador para cuidados de saúde, da proximidade da data de caducidade do referido documento, até sessenta dias antes, para que possam providenciar a renovação da diretiva.

Há autores, a exemplo de Laura Ferreira dos Santos ¹²⁰, que defendem a possibilidade de que a partir dos sessenta anos de idade do outorgante, a DAV passe a ter um caráter definitivo, dispensando a necessidade de renovação a cada cinco anos, isso porque, segundo a autora, a partir desta idade as escolhas pessoais são também mais definitivas, baseadas em uma ordem moral pessoal já há muito enraizada. Todavia, importa ressaltar que o caráter definitivo aqui aludido refere-se apenas à dispensa da necessidade de renovação sucessiva, de modo que a DAV continuaria a pode ser livremente revogada por seu outorgante.

De qualquer modo, esta alternativa não foi consagrada pelo diploma legislativo em vigor que, como já dito, impõe a renovação mediante declaração de confirmação de todo o conteúdo do documento de diretiva antecipada de vontade, não obstante as muitas críticas a esta imposição legislativa de obrigatoriedade de renovação constantes.

Assim, a Lei n.º 25/2012 solucionou um dos principais entraves à eficácia das diretivas antecipadas, a dificuldade em saber as circunstâncias nas quais estes documentos permaneciam considerados atuais e, portanto, válidos.

2.4.2. VINCULATIVIDADE DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS

A força vinculativa das diretivas antecipadas de saúde não mais desperta as dúvidas de outrora, uma vez que a Lei n.º 25/2012 lhe concedeu inequivocamente a eficácia jurídica ¹²¹ que antes lhe era um tanto volúvel. Contudo, muito já se discutiu acerca do

¹¹⁹ Conforme Artigo 8º, da Lei n.º 25/2012.

¹²⁰ SANTOS, Laura Ferreira dos, *Testamento Vital*, op. cit., p. 36.

¹²¹ Cfr. Artigo 6º, Lei n.º 25/2012.

valor a ser concedido às diretivas antecipadas, se as suas determinações teriam um viés vincutivo ou meramente indicativo.

Mesmo que as DAVs não estivessem consagradas no ordenamento jurídico português, seria forçoso reconhecer-lhe existência e validade, vez que são elementos indiciadores da vontade do paciente de suma importância. Assim, a sua consideração seria imperativa ainda que apenas em sede de consentimento presumido.

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) apresentou em 2005 dois pareceres relevantes acerca da força jurídica das decisões de fim de vida, e de cuja leitura se extrai a controvérsia que estava instalada acerca da matéria antes da promulgação da Lei nº 25/2012.

Pois bem, o primeiro estudo (Parecer 45/CNECV/2005 ¹²²), datado de Fevereiro de 2005, tratava acerca do estado vegetativo persistente ¹²³, e defendia que “toda decisão sobre o início ou a suspensão de cuidados básicos da pessoa em Estado Vegetativo Persistente deve respeitar a vontade do próprio”, declarando, ainda, que esta vontade pode ser “expressa ou presumida ou manifestada por pessoa de confiança previamente designada por quem se encontra em Estado Vegetativo Persistente”.

Portanto, de acordo com este parecer, os mecanismos de suporte artificial da vida humana, como por exemplo a hidratação por sonda nasogástrica e a ventilação mecânica, podem ser interrompidos caso se entenda que essa seria a vontade do paciente se ele pudesse manifestá-la.

Já o parecer relativo à objeção ao uso de sangue e derivados para fins terapêuticos por motivos religiosos (Parecer 46/CNECV/2005) ¹²⁴, de Junho de 2005, determina que a recusa de tratamento com sangue e hemoderivados em situações de risco de vida somente será considerada pelo médico quando manifestada expressamente pelo destinatário da terapêutica. Afirma, ainda, que “a manifestação antecipada de vontade tem apenas um

¹²²Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273055770_P045_ParecerEVP_versaoFinal.pdf, acesso em 03.08.2014.

¹²³ “O estado vegetativo é uma situação clínica de completa ausência da consciência de si e do ambiente circundante, com ciclos de sono-vigília e preservação completa ou parcial das funções hipotalâmicas e do tronco cerebral” – CARNEIRO, António Vaz, ANTUNES, João Lobo, e FREITAS, António Falcão de, *Relatório sobre o estado vegetativo persistente*, CNECV, 2005, disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273055807_P045_RelatorioEVP.pdf, acesso em 03.08.2014.

¹²⁴Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273054487_P046_ParecerTestemunhasJeova.pdf, acesso em 03.08.2014.

valor indicativo, não dispensando a obtenção do consentimento informado que obriga a um efetivo esclarecimento quanto às consequências da recusa de tratamento”.

Como entender que em tão curto espaço de tempo tenha o CNECV manifestado dois entendimentos aparentemente tão contraditórios? É no mínimo incongruente que em determinadas situações o Conselho reconheça valor vinculativo às disposições do paciente, quando em outras apenas as considera como indicativas.

Nas palavras de Vera Lúcia Raposo, “supõe-se que a razão de ser desta disparidade deve-se à diferente avaliação que se faz de ambas as situações, pois se no caso de Estado Vegetativo Persistente é pouco provável que o paciente recupere, já as transfusões de sangue e derivados podem perfeitamente ser realizadas em doentes com boas expectativas de recuperação e de manutenção de uma vida normal”¹²⁵.

Vê-se, portanto, que o que realmente foi considerado pelo CNECV foi a possibilidade de recuperação do paciente e não o reconhecimento da autonomia deste. Para André Gonçalo Dias Pereira, o princípio da autonomia foi equacionado através do filtro da beneficência, pelo que questiona: “Estaremos perante uma autonomia vigiada ou uma autonomia subordinada?”¹²⁶. É irrazoável pensar que em uma situação de conflito entre uma determinada orientação de recusa de tratamento e o princípio da beneficência, se possa impor uma terapêutica qualquer. Até mesmo porque não é fácil o exercício de enxergarmos beneficência num ato de desconsideração da autonomia da pessoa.

Como já dito, a Lei nº 25/2012 veio pacificar a questão na medida que concedeu vinculatividade às diretivas antecipadas de vontade, em respeito à dignidade humana e ao princípio da autonomia. Afinal, se existe um procedimento rigoroso que confere validade a estas declarações, nada faz mais sentido que a sua eficácia acabe por vincular a todos¹²⁷. Porém, tão habituados que estão os profissionais da área médica a desempenharem as suas funções sob uma ótica hipocrática e paternalista, a recente força vinculativa das diretivas antecipadas de vontade ainda causa estranheza e enseja severas críticas.

Exemplo disso é o Parecer do Conselho Jurisdicional da Ordem dos Enfermeiros nº 245/2010, em sede do qual se advogava que o valor concedido às diretivas antecipadas do paciente não fosse “absoluto”, uma vez que lhe atribuir força vinculativa seria excessivo

¹²⁵ RAPOSO, Vera Lúcia, *Diretivas antecipadas...*, op. cit., p. 181.

¹²⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Declarações Antecipadas de Vontade: vinculativas ou apenas indicativas?*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, p. 825.

¹²⁷ A lei austríaca, de 08 de Maio de 2006, admite tanto declarações antecipadas vinculativas, sujeitas a condições de validade, como declarações antecipadas indicativas, de elaboração mais simples.

e prejudicial, colocando o profissional de saúde em posição de mero executante das decisões dos pacientes. Defendia a tese que as DAVs deveriam constituir “um elemento dos diversos que o profissional de saúde deve ter em conta quando toma decisões de fim de vida”¹²⁸, nunca o vinculando de “forma cega”, mas antes permitindo que os enfermeiros em causa decidissem pelo total cumprimento do disposto num determinado documento de diretivas antecipadas, ou apenas de algumas delas, ou, ainda, pela inaplicabilidade da DAV se entender que este seria o melhor dos caminhos para preservar o superior interesse do paciente¹²⁹.

Assim, para o parecer em análise a manifestação da vontade do paciente plasmada em uma diretiva antecipada tem tanto valor quanto as vontades conhecidas de familiares e amigos e as próprias convicções da equipa médica quanto ao que seria verdadeiramente benéfico para o paciente. Trata-se de uma verdadeira afronta aos princípios da autonomia e da dignidade humana, e, mesmo que seja justificada pelo princípio da beneficência, deverá ser sempre rechaçada pois não se pode aceitar o exercício totalitário e antidemocrático da medicina.

Mesmo que o profissional de saúde tenha a melhor das intenções e haja perfeitamente de acordo com as *leges artis*, cumprindo corretamente os procedimentos terapêuticos indicados, ainda assim seria veemente reprovável a intenção de impor um tratamento que foi recusado pelo paciente. Até mesmo porque os pacientes são únicos e a equipa médica não tem condições de saber o que verdadeiramente é melhor para cada um deles, além de que, ninguém melhor saberá do que eles próprios! Nesta linha de raciocínio, Dworkin afirma que “saber se é do melhor interesse de uma pessoa que a sua vida termine de uma maneira ou de outra depende de tantos aspetos que são importantes para ela (...),

¹²⁸ “Não sendo absoluta, o profissional de saúde integra a vontade anteriormente manifestada na ponderação da sua decisão, do mesmo modo que tem em conta o benefício direto para a pessoa, as vontades anteriormente manifestadas e conhecidas dos familiares e amigos e a previsão da alteração da vontade manifestada em função da alteração das circunstâncias que entretanto ocorreram no tempo.” – Parecer do Conselho Jurisdicional nº 245/2010, de 17 de Novembro de 2010, p. 02, disponível em http://www.ordemenfermeiros.pt/tomadasposicao/Documents/TomadaPosicao_VontadeAnteriormenteManifestadaDecisoesFimVida.pdf, acessado em 02.08.2014.

¹²⁹ “De outro modo, o carácter não absoluto permitirá também que não vincule de forma «cega» o profissional de saúde, obrigando-o a procurar, em cada caso concreto, a informação que lhe permita decidir no respeito pelo cumprimento da totalidade as diretivas antecipadas de vontade, executar parte delas ou não executá-las, tendo em conta a situação do momento”

que não se pode esperar que alguma decisão coletiva uniforme sirva para todos, nem sequer com um grau mínimo de decência”¹³⁰.

Ora, é no mínimo preocupante que tão recentemente a Ordem dos Enfermeiros tenha apresentado uma tomada de posição que já nasceu ultrapassada, pois que baseada em uma conceção de prestação de cuidados de saúde paternalista e retrógrada. Acontece que, infelizmente, não é tão raro quanto se gostaria que fosse encontrar opiniões de semelhante cunho na literatura biomédica acerca das diretivas antecipadas. Exemplo é o entendimento de Daniel Serrão¹³¹, médico e autor português especialista em éticas da vida e, ao afirmar que a redação de uma diretiva antecipada de vontade “indica que a pessoa que o escreve não tem confiança na capacidade de o médico avaliar bem a sua situação e tomar a decisão mais adequada para proteger o seu melhor bem.(...) Esta desconfiança não tem, em geral, qualquer justificação. Os médicos já sabem, hoje, reconhecer os limites do esforço terapêutico, sabem avaliar com rigor a incurabilidade e, na sua imensa maioria, dão aos doentes terminais o cuidado paliativo adequado a cada situação”. Acontece que as disposições antecipadas de vontade extrapolam a questão da confiança na relação médico-paciente, indo muito além do que parece ser a percepção de Daniel Serrão sobre o assunto.

Ademais, não resta claro que as Unidades de Cuidados Intensivos pratiquem um intensivismo útil, racionalmente avaliado e eticamente ponderado, como defende o médico, ainda mais quando se assiste ao crescente número de pacientes indefinidamente submetidos a métodos de suporte artificial da vida quando já não há resquícios de vida cognitiva. De todo modo, o direito à recusa de tratamentos médicos é um direito inalienável do paciente, cujo exercício por seu titular nada tem a ver com o grau de confiança que deposita na equipa médica responsável.

Inquieta os defensores da autonomia dos pacientes que ainda se encontre discursos como o do parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre o Projeto de Lei n.º 788/X - Direitos dos doentes à informação e ao consentimento informado¹³², datado de Julho de 2009, que afirma que “o projeto reflete uma mal entendida primazia absoluta da autonomia como valor ético, quando o que é necessário

¹³⁰ DWORKIN, Ronald, *Life's Domination. An argument about Abortion and Euthanasia*, Londres: Harper Collins Publishers, 1993, p. 213.

¹³¹ SERRÃO, Daniel, “Testamento Vital – O que é?”, disponível em http://amcp.com.sapo.pt/textos/testamento_vital_Daniel_Serrao.pdf, acessado em 24.07.2014.

¹³² Parecer 57/CNECV/2009, disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273053812_P057_CNECV.pdf, acesso em 02.09.2014.

pelas razões aduzidas a seguir, é reforçar a “intimidade” moral da relação médico doente. Há uma constatação crescente que os modelos legais ou políticos da autonomia têm de facto obscurecido perigosamente os valores profissionais e morais do exercício da medicina, (...) A autonomia, entendida do modo que nos parece subjacente ao diploma, é inadequada para se assumir como elemento único e dominante neste contexto. (...) Em segundo lugar, porque a responsabilidade dos médicos e outros profissionais de saúde, emerge precisamente do sentido de responsabilidade intrínseco à profissão e não, primariamente, de um conjunto de regras destinadas a salvaguardar a autonomia dos doentes”.

Entretanto, a perplexidade diante dos argumentos do CNECV também foi compartilhada por André Dias Pereira que aponta como o neo-paternalismo ainda se consegue fazer presente nas atuais discussões éticas e legislativas a respeito das garantias fundamentais dos pacientes. O autor afirma que o parecer parece revelar uma certa angústia em ter de partilhar o poder sobre a informação com o paciente, e o desejo de manter a relação médico-paciente assimétrica e em desequilíbrio, não apenas científico e intelectual, mas também o desnível na “representação simbólica e social”¹³³.

Se as diretivas antecipadas, além da prerrogativa de concretizar uma autonomia que se prolonga no tempo, também atribui segurança à atividade médica na medida em que muitas vezes desonera o profissional de saúde de tomar decisões de fim de vida, não se percebe por que houve, e infelizmente ainda há, tanta relutância na sua aceitação.

Por mais despropositada que possa parecer a primeira vista uma determinada decisão do paciente acerca da admissibilidade, ou não, de uma terapêutica específica, ela goza de eficácia jurídica e condiciona a atuação médica¹³⁴. A aceitação desta nova perspectiva é sinalizadora do amadurecimento vivenciado pela sociedade portuguesa, até mesmo porque, como afirma Rui Nunes, uma sociedade democrática e plural assenta os seus pilares na capacidade dos cidadãos efetuarem escolhas livres, no quadro de uma verdadeira cultura de responsabilidade¹³⁵.

¹³³ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O consentimento informado na experiência europeia*, I Congresso Internacional sobre: “ Os desafios do direito face às novas tecnologias”, Ribeirão Preto, 10 de Novembro de 2010, Estudo Geral, 2010, pp. 03 e 04.

¹³⁴ Diferentemente do que supunha alguns, pois ainda na opinião de Daniel Serrão, “com testamento ou sem testamento, quando uma pessoa doente não está em condições de receber a informação e de dar, ou não, o seu consentimento, é ao médico que cabe a responsabilidade de decidir”, in *Testamento vital – O que é?*, p. 02.

¹³⁵ NUNES, Rui, *Testamento...*, op. cit., p. 251.

Não mais se admite as tentativas de silenciar o paciente para perpetuar o modelo médico do “*doctor knows better*”, pelo que fica patente quão em boa hora veio o legislador português se manifestar nesta matéria.

2.4.3. FORMA

A grande importância das diretivas antecipadas de vontade exigiu do legislador português especial rigor quanto à determinação das garantias formais indispensáveis à sua validade. Assim, o artigo 3º da Lei n.º 25/2012 exige que as DAVs sejam formalizadas através de documento escrito, assinado na presença de um notário, ou de funcionário devidamente habilitado do Registo Nacional do Testamento Vital.

Em um documento de DAV deverá constar a identificação completa do outorgante; o lugar, a data e a hora da sua assinatura; assim como as instruções relativas a cuidados de saúde que o outorgante deseja ou não receber em determinadas situações clínicas.

O legislador previu no n.º 3, artigo 3.º da Lei n.º 25/2012, a aprovação, mediante pareceres prévios do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida ¹³⁶ e da Comissão Nacional de Proteção de Dados, um modelo de diretiva antecipada de utilização facultativa pelo outorgante. Logo, cada indivíduo poderá optar por redigir o seu próprio documento de DAV ou preencher o formulário proposto pelo Ministério da Saúde. Entretanto, as orientações dos Serviços Partilhados do Ministério da Saúde – SPMS, recomendam a utilização do modelo de DAV, uma vez que guarda a informação de forma estruturada e facilita a consulta pela equipa médica, já familiarizada com a organização do documento.

¹³⁶Parecer sobre as propostas de portaria que regulamentam o modelo de testamento vital e o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV) – Parecer N.º 69/CNECV/2012, disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1357838805_Parecer%2069%20CNECV%202012%20DAV_aprovado.pdf, acessado em 03.09.2014.

2.4.4. AUTENTICAÇÃO NOTARIAL

A LDAV prevê a obrigatoriedade da assinatura de um documento de diretiva antecipada ser presencialmente reconhecida por notário ou funcionário devidamente habilitado do Registo Nacional do Testamento Vital ¹³⁷.

A importância desta autenticação justifica-se dada a natureza do bem jurídico a proteger nestas situações. Segundo Vera Lúcia Raposo, “a intenção é conferir um lastro formal a um documento tão relevante, mas é, sobretudo, uma intenção de acautelar que a vontade que lhe serve de base é, efetivamente, livre, esclarecida e ponderada” ¹³⁸. Ao exigir a presença de um notário ou funcionário do RENTEV, o que legislador pretende é, portanto, além de assegurar a autenticidade do documento - comprovando a sua identidade e capacidade, afastar dúvidas quanto à autodeterminação do outorgante, evitando influências na sua esfera de decisão e, conseqüentemente, atestando a liberdade da sua decisão.

2.4.5. A DISPENSABILIDADE DO REGISTO

O Registo Nacional de Testamento Vital – RENTEV teve a sua criação determinada pela Lei n.º 25/2012 “com a finalidade de rececionar, registar, organizar e manter atualizada, quanto aos cidadãos nacionais, estrangeiros e apátridas residentes em Portugal, a informação e documentação relativas ao documento de diretivas antecipadas de vontade e à procuração de cuidados de saúde” ¹³⁹. O RENTEV é, portanto, um sistema de informação, suportado por uma base de dados de âmbito nacional, que centraliza e mantém atualizados os documentos de diretivas antecipadas, garantindo a sua consulta aos cidadãos e aos médicos responsáveis pela prestação de cuidados de saúde. É regulamentado pela Portaria n.º 96/2014 ¹⁴⁰, tendo mesmo entrado em funcionamento em 01 de Julho de 2014.

¹³⁷ Há o entendimento de que a autenticação requerida pela LDAV pode ser realizada também por advogado, por força do Decreto-lei n.º 116/2008, SIMPLEX, que confere ao advogado a prerrogativa de autenticar documentos.

¹³⁸ RAPOSO, Vera Lúcia, *Directivas...*, *op. cit.*, p.177.

¹³⁹ Cfr. art. 15º, Lei n.º 25/2012.

¹⁴⁰ Disponível em <https://dre.pt/pdf1s/2014/05/08500/0263702639.pdf>, acessado em 07.09.2014.

Contudo, o registo de uma diretiva antecipada no RENTEV tem valor meramente declarativo ¹⁴¹, ou seja, um testamento vital ou procuração de cuidados de saúde nele não inscritos são igualmente eficazes, desde que atendam a todos os requisitos de validade.

Assim, uma DAV não registada será válida desde que reconhecida por notário. Entretanto, recomenda-se o seu registo para que passe a vincular a atuação dos profissionais de saúde, uma vez que só há garantia de que a equipa médica tomará de fato conhecimento de uma diretiva antecipada se ela estiver devidamente registada no RENTEV. Rui Nunes é um dos defensores do registo como meio de agilizar o acesso dos profissionais de saúde às diretivas antecipadas de vontade, além de garantir a atualidade das DAVs e, conseqüentemente, a sua validade ¹⁴².

Sendo indiscutível que o registo da DAV é que lhe vai conceder a eficácia prática que se deseja em um documento desta natureza, na medida em que possibilita o seu depósito de modo centralizado e o acesso facilitado aos prestadores de cuidado de saúde, parece que a Lei n.º 25/2012 perdeu uma excelente oportunidade para tornar o registo obrigatório e conceder, assim, ainda mais validade às diretivas.

Uma eventual exigência do registo da diretiva antecipada no Registo Nacional do Testamento Vital não configuraria uma restrição ao direito de autodeterminação do outorgante, pois, assim como as demais exigências formais nesta seara, trata-se de um esforço legítimo para viabilizar a vinculatividade destas recomendações, ainda mais se considerarmos a mobilidade dos cidadãos no espaço comunitário.

Por fim, importa ressaltar que a aludido registo evitaria que o conhecimento de uma eventual diretiva antecipada por determinada equipa médica ficasse condicionada à vontade de quem acompanhasse o doente quando este não estivesse em condições de se manifestar.

A presente questão acerca da obrigatoriedade, ou não, do registo de um documento de diretiva antecipada no registo nacional sempre se revestiu de alguma polémica, tendo provocado acirrados debates no âmbito de discussão dos projetos legislativos examinados na Assembleia Legislativa, sem jamais alcançar um consenso. Enquanto o artigo 5.º, n.º 7, do Projeto de Lei n.º 21/XII/1.ª do BE e do artigo 5.º, n.º 5, do Projeto de Lei n.º 64/XII/1.ª do CDS-PP previam a obrigatoriedade do registo, o artigo 10.º, n.º 3 do Projeto de Lei n.º 62/XII/1.ª do PS e o do artigo 8.º, n.º 3 do Projeto de Lei n.º

¹⁴¹ Artigo 16º, nº 1, da Lei nº 25/2012.

¹⁴² NUNES, Rui, “Testamento...”, p.129.

63/XII/1.^a do PPD/PSD determinavam que o registo da DAV tinha efeito meramente declarativo, não sendo, portanto, requisito de validade, logo os documentos de diretivas antecipadas de vontade nele não inscritos são eficazes desde que tenham sido formalizados de acordo com o disposto na presente lei.

Os instrumentos de diretivas antecipadas devem ser escritos em português, assim como todos os documentos oficiais portugueses. Portanto, na hipótese de ser redigido em língua estrangeira, deverá ser oficialmente traduzido para que seja aceite pelo RENTEV e passe a ter validade entre nós.

Na hipótese do outorgante da diretiva antecipada não souber ler e escrever, ficará a cargo deste indicar pessoa que preencha e assine o referido documento, devendo constar do seu conteúdo a qualificação jurídica do indivíduo que elabora a DAV, a sua assinatura, devidamente reconhecida, e as razões pelas quais não é o outorgante a fazê-lo. Esta mesma solução era apontada tanto no Projeto de Lei n.º 21/XII/1.^a do BE (art. 5.º, n.º 2), como no Projeto de Lei n.º 63/XII/1.^a do PPD/PSD (art. 7.º, n.º 4), enquanto o Projeto de Lei n.º 64/XII/1.^a do CDS-PP (art. 5.º, n.º 3 e 4), elegia uma solução mais controversa, assente no recurso à impressão digital do outorgante no corpo do documento da diretiva.

A DAV deve ser feita em papel, não se admite a sua versão eletrónica, ainda que se trate de cópia digitalizada do documento em papel, de modo a assegurar cabalmente a sua autenticidade. Deste modo, uma diretiva antecipada poderá ser entregue pessoalmente pelo outorgante em um dos balcões do RENTEV ¹⁴³, hipótese na qual terá que assinar o documento perante um funcionário habilitado e apresentar o seu documento de identificação civil, caso a DAV não tenha sido previamente reconhecida por notário. Caso o outorgante prefira enviar o referido documento por correio, então será imprescindível que tenha providenciado previamente a sua autenticação notarial.

2.4.6. INEXIGIBILIDADE DE ORIENTAÇÃO MÉDICA

O modelo de diretiva antecipada que foi validado em Portugal não impõe a exigência de aconselhamento médico prévio do outorgante como condição de validade do

¹⁴³ Os Serviços Partilhados do Ministério da Saúde disponibilizaram, em 30 de Junho de 2014, uma lista dos locais onde estarão em funcionamento os balcões da RENTEV a partir de 01 de Julho de 2014. Ao todo são setenta e cinco balcões espalhados por todo o país. Disponível em https://servicos.min-saude.pt/utente/portal/SiteCollectionDocuments/ListaBalcõesRENTev_27062014.pdf, acesso em 15.008.2014.

documento, apenas faculta que na possibilidade de se recorrer à colaboração de um médico para a elaboração de uma DAV, a identificação e assinatura do médico podem constar no documento, se for essa a opção do outorgante e do médico ¹⁴⁴.

A inexigibilidade de esclarecimentos médicos acerca das situações clínicas abordadas pelo outorgante em sua diretiva antecipada de saúde, denominada por “recusa antecipada não esclarecida” é, aliás, uma tendência legislativa e doutrinária na Europa ¹⁴⁵, com exceção da lei austríaca que exige a participação de um médico com formação técnica adequada no processo de elaboração da diretiva antecipada.

O modelo austríaco, ressalte-se, é único, diferenciando-se por associar a força vinculativa das diretivas antecipadas de vontade à consulta médica prévia, assim as DAVs podem ser indicativas ou vinculativas de acordo com o seu processo de composição. Esta solução legislativa é reprovável ao distinguir as declarações dos pacientes em vinculativas ou indicativas com fundamento tão-só no cumprimento de requisitos formais. Se é possível provar a autenticidade da diretiva, não há ensejo para que não lhe reconheça a mesma vinculatividade.

A linha doutrinária que se encarrega da defesa de intervenção de um médico na elaboração das DAVs, socorrem-se do argumento do esclarecimento como requisito de validade do consentimento informado. Assim, por analogia, a recusa de tratamento médico para ser válida deveria também obedecer às mesmas condições de validade, sendo indispensável que o outorgante fosse previamente orientado por um profissional habilitado ¹⁴⁶.

À primeira vista, é compreensível que se pense que o auxílio de um médico para a elaboração de uma diretiva antecipada resultasse em grandes benefícios para a clareza e alcance do documento, tendo em vista o domínio cognitivo das situações clínicas, terapêuticas disponíveis, termos técnicos corretos, dentre outros aspetos.

Todavia, segundo Laura Ferreira dos Santos, citando estudo de Cristiano Vezzoni em referência à experiência holandesa, “a proporção de diretivas antecipadas escritas em

¹⁴⁴ Cfr. art. 3º, n.º 2, da Lei n.º 25/2012.

¹⁴⁵ Conforme entendimento explanado pelo Comité Nacional de Ética da Alemanha em *The advance directive: na instrument of self-determination*, em June 2005: “11. The majority view of the National Ethics Council is that the validity of na advance directive should not bem ade conditional on its maker’s having obtained prior expert advice. However, all members of the National Ethics Council recommend that expert advice be taken before an advance directive is drawn up”, disponível em http://www.ethikrat.org/files/Opinion_advance-directive.pdf, acesso em 07.09.2014.

¹⁴⁶ Neste sentido, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Declarações...*, *op. cit.*, pp. 829 e 830.

termos genéricos não diminui significativamente quando um médico intervém na fase de esboço”¹⁴⁷.

Se o aspeto mais importante a encorajar o aconselhamento prévio como condição obrigatória à criação de uma diretiva antecipada seria exatamente a possibilidade de particularizar de forma clara e precisa as condições de aplicabilidade e recusa de determinados tratamentos médicos, e no entanto, a prática mostra que muito pouco se ganha com o envolvimento destes profissionais, então parece que o legislador português agiu acertadamente ao facultar ao outorgante a decisão acerca da colaboração médica.

Sabe-se que ainda há no meio médico muita relutância em aceitar a força vinculativa das diretivas antecipadas. O exercício da medicina, não obstante os consideráveis progressos na consolidação dos direitos dos doentes, ainda hoje é muito baseado no modelo hipocrático, no papel do médico como decisor das questões de saúde, no qual o dever de tratar é imperativo.

Não raro o princípio “*in dubio, pro vita, pro salute, pro persona*” era invocado para legitimar a desconsideração da diretiva antecipada do paciente pelo médico sob fundamento de dúvidas quanto à atualidade da DAV, desta ser contra as “*leges artis*”, da evolução da terapêutica em causa, da imprecisão do texto da diretiva, do receio de ter o paciente mudado de opinião, dentre outros. O que demonstra a falta de à-vontade, pode-se assim dizer, da classe médica com as diretivas antecipadas quando estas contrariem o que é considerado pelos médicos como o melhor para o paciente.

Assim sendo, imagina-se a falta de interesse de muitos médicos em participar na construção de uma diretiva antecipada cuja força vinculativa limita a sua atuação profissional. Além do mais, a orientação de um médico poderia ter um efeito indesejado, influenciando a opinião do paciente de tal maneira que poderia mesmo pressionar a não acrescentar, por exemplo, recusas a tratamentos médicos com as quais o médico não concorda.

Se para alguns esta espécie de aconselhamento prévio seria um acréscimo de validade à diretiva antecipada em questão, para outros poderia mesmo ser uma influência perigosa e a evitar sob pena de mácula ao requisito da liberdade da decisão. Pode-se até considerar que, por ter havido um aconselhamento médico prévio à declaração antecipada, a vontade ali consubstanciada pode ser considerada como efetivamente séria e consciente,

¹⁴⁷ SANTOS, Laura Ferreira dos, *Testamento...*, op. cit., p. 81.

contudo a ausência da aludida orientação não pode retirar a eficácia jurídica de uma vontade livre e inequivocamente manifestada.

Não há que se esquecer que o Código Deontológico da Ordem dos Médicos prevê em seu artigo 37.º, n.º 1, o direito à objeção de consciência, permitindo-lhe “recusar a prática de ato da sua profissão, quando este entre em conflito com a sua consciência, ofendendo os seus princípios éticos, morais, religiosos, filosóficos ou humanitários”.

Já o artigo 49.º, n.º 1, do CDOM, dispõe acerca da recusa de exames e tratamentos, afirmando que, “se o doente, a família ou o representante legal, esgotadas todas as formas de esclarecimento adequadas, recusarem os exames ou tratamentos indicados pelo médico, pode este recusar-se a assisti-lo nos termos do artigo 41.º”.

Não é nada encorajador para que se busque o auxílio de um médico para esclarecimentos acerca de recusas em fim de vida, que ele tenha a sua atuação profissional regulada por um código deontológico que prevê a possibilidade de recusa de tratamento sempre que o paciente não concorde com a terapêutica indicada.

Por fim, caso se acolhesse o modelo da obrigatoriedade da consulta médica prévia, seria necessário que os médicos de família estivessem disponíveis para esta tarefa. Ora, sabemos que não é essa a situação que se vive hoje em Portugal. Não há médicos de família suficientes, a marcação de consultas no Sistema Nacional de Saúde é morosa, pelo que a dependência desta espécie de aconselhamento revestir-se-ia, em verdade, em um enorme desestímulo à elaboração das diretivas antecipadas.

Por todo o exposto é que se reconhece o acerto da opção portuguesa. Se o indivíduo tem um médico que seja da sua confiança e tem a possibilidade de contar com a sua orientação técnica para formular a sua diretiva antecipada, nada o impede de o fazer, todavia, seria abusivo impor esta condição a todos.

2.5. MODIFICAÇÃO OU REVOGAÇÃO

O documento de diretivas antecipadas de vontade é livremente revogável ou modificável a qualquer tempo, no todo ou em parte, pelo seu autor. A não imposição de uma forma específica revela uma preocupação do legislador em respeitar ao máximo a real vontade do paciente, nomeadamente quando a eventual gravidade do seu estado de saúde não lhe permitir cumprir os requisitos exigidos.

A possibilidade de revogar uma declaração antecipada fundamenta-se na mutabilidade das convicções pessoais ao passar do tempo. É legítimo que qualquer indivíduo possa mudar de opinião, a prévia declaração de vontade do paciente vincula o médico, não o paciente, o qual é livre para revogar, ou modificar, a qualquer tempo o seu antecipado consentimento, assim sendo, deve o direito proteger essa liberdade de valoração

Assim, qualquer manifestação do doente - seja por escrito, verbalmente ou ainda através de gestos - no sentido de modificar ou mesmo revogar a diretiva antecipada de vontade deve constituir forma válida para tanto.

É de suma importância que esta revogação, ou modificação, rapidamente adquira contornos indicativos da sua existência a terceiros, de modo a tornar-se conhecível, afinal, se assim não fosse restaria a diretiva antecipada destituída de aplicabilidade prática. Logo, a modificação ou revogação de uma diretiva antecipada deve ser prontamente inscrita tanto no respetivo processo clínico, como no Registo Nacional de Testamento Vital, quando aí esteja registado, frisando ainda a necessidade de se comunicar ao procurador de saúde sempre que este exista.

2.6. CONTEÚDO

O corpo do documento de diretiva antecipada de vontade deve ser constituído por uma parte introdutória na qual o outorgante identifica-se e manifesta a sua legitimidade para propor a diretiva nos moldes exigidos pela Lei n.º 25/2012. Após, o outorgante faz saber a sua vontade clara e inequívoca a respeito de determinadas situações clínicas nas quais deseja que a sua diretiva seja levada em consideração.

Antes de mais, deve-se esclarecer quais as exatas circunstâncias nas quais se pretende que a diretiva antecipada de vontade tenha aplicabilidade, podendo ser mencionadas enfermidades avançadas, em estado terminal, doenças degenerativas, dano cerebral grave e irreversível, ou qualquer situação clínica na qual não haja expectativa de recuperação.

O legislador português afastou a polémica acerca da restrição de validade das diretivas antecipadas a determinadas enfermidades, ou fases de evolução, dispensando este critério. Assim, caberá ao outorgante elencar quais as situações clínicas nas quais pretende que a sua diretiva tenha valor. Este entendimento é o que melhor se coaduna com a

harmonização e proteção dos direitos fundamentais, uma vez que deverá prevalecer sempre a vontade do paciente, independentemente da natureza e gravidade da sua doença.

A defesa da restrição da validade da DAV às situações de doença irreversível conducente à morte se baseia essencialmente em dois pilares, o primeiro deles é o receio de que o paciente possa ser influenciado por familiares no sentido de dispensarem o tratamento em função do seu alto custo financeiro ¹⁴⁸, contudo, não se pode admitir restrições ao livre exercício do direito à autodeterminação do paciente com fundamento em situações hipotéticas que podem vir a concretizar-se ou não. Ou seja, a negação da autonomia do paciente não pode assentar exclusivamente no receio dos “passos sucessivos”.

Os abusos aos direitos dos pacientes devem ser impugnados concretamente e jamais de forma genérica, não sendo legítima a imposição de uma regra preventiva que se baseia na restrição da autonomia dos pacientes.

Legitimar restrições desta natureza às diretivas antecipadas é permitir uma nova esfera para a prática da antiga medicina paternalista, transferindo para o médico a decisão que em verdade cabe ao paciente. É legitimar uma inconcebível restrição à sua autodeterminação, ao ponto de poder subordinar o paciente a um fim de vida de todo incompatível com a sua filosofia de vida e valores. Afinal, qual a lógica em limitar o âmbito da decisão de uma pessoa capaz aos contornos de uma qualidade de vida que é definido por outrem?

O segundo fundamento refere-se ao dever de proteção do bem jurídico vida, supostamente superior a autodeterminação do paciente. Diz-se supostamente superior porque apesar da forte proteção jurídica que o ordenamento jurídico dispensa à vida humana, determinando a sua inviolabilidade, o legislador em nenhum momento a valorou, e nem poderia. Ademais, esta inviolabilidade refere-se aos poderes públicos e a terceiros, tanto é assim que a tentativa de suicídio não é punível entre nós. A tutela jurídica da vida não pode ser interpretada sob uma lógica autoritária como uma obrigação de viver.

Se o direito de autodeterminação do paciente lhe permite consentir ou não a qualquer procedimento, referente a qualquer enfermidade que venha a ter, seja qual for a

¹⁴⁸ Neste sentido, a Recomendação 1418 (1999), adotada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, na qual se alerta expressamente para a necessidade garantir que a vontade do paciente é manifestada livre de qualquer pressão, nomeadamente de natureza económica, conforme ponto 9/b)/iii.

gravidade do seu estado de saúde, como conceber a subordinação de validade de uma diretiva antecipada a um quadro clínico específico e heteronomamente definido?

O artigo 2.º, n.º 2 da LDAV estabelece um conjunto de disposições que podem constar do documento de diretiva antecipada, todavia, importa esclarecer que se trata apenas de um rol exemplificativo e, por óbvio, que não poderia ser diferente, vez que uma previsão taxativa das diretivas possíveis iria de encontro com a própria razão de ser da referida lei por limitar de forma desarrazoada a autonomia do outorgante.

Assim, dentre todas as indicações relativas às intervenções clínicas sobre a sua pessoa, podem constar do documento a de não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais, como por exemplo ventilação mecânica, alimentação e hidratação artificiais; a de não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado ao seu quadro clínico e que apenas vise retardar o processo natural de morte; a de não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental.

A DAV poderá ainda mencionar a aplicação, ou não, de todos os tratamentos necessários para paliar ao máximo a dor, mesmo que possam provocar o encurtamento da expectativa de vida; a autorização ou recusa de participar em programas de investigação científica ou de ensaios clínicos.

Contudo, as DAVs não versam apenas acerca de questões limites atinentes ao fim da vida, mas podem, também, abarcar questões outras menos invasivas. Deste modo, esgotadas as orientações acerca dos cuidados de saúde, o outorgante poderá, também, dar instruções sobre assistência religiosa no seu fim de vida, e, ainda, disposições para além da sua morte, relativas às cerimónias fúnebres e a destinação que pretende seja dada ao seu corpo.

A Ordem dos Notários de Portugal, no parecer elaborado em 23 de Fevereiro de 2012, sobre o projeto de lei das diretivas antecipadas de vontade, nesta altura em discussão conjunta na Comissão Parlamentar de Saúde da Assembleia da República, manifestou-se no sentido de que “o testamento vital não deve limitar a sua eficácia a estádios de «doença terminal»; tal solução iria contra os interesses das pessoas com doenças neurodegenerativas (designadamente o Alzheimer), das pessoas que professem a religião Testemunhas de Jeová, entre outras”.

Outra questão relevante alusiva às orientações componentes de um documento de diretiva antecipada de vontade diz respeito à faculdade de não saber. Pode ser do interesse

do paciente não tomar conhecimento da gravidade da sua condição de saúde, preferindo permanecer em um estado de ignorância sempre que as informações clínicas que lhe digam respeito sejam críticas.

O direito a não saber era tratado no Projeto de Lei n.º 62/XII/1.^a ¹⁴⁹ de autoria do PS e no Projeto de Lei n.º 63/XII/1.^a do PPD/PSD ¹⁵⁰, todavia não foi expressamente contemplado na LDAV, o que não impede que o outorgante possa inserir uma orientação nesse sentido no seu documento de diretiva antecipada, se esta for a sua vontade e desde que o pretendido desconhecimento não implique perigo para a saúde ou a vida de terceiros ou para a saúde pública.

É admissível que o outorgante de uma diretiva antecipada de vontade, nomeadamente o testamento vital, possa utilizar o referido documento para também designar um procurador de cuidados de saúde. Apesar de ser uma faculdade que lhe assiste, vez que o legislador não exige tal designação, recomenda-se que o outorgante a faça porque, assim, o PCS estará habilitado a decidir questões que extrapolem o conteúdo da diretiva, podendo, ainda clarificar determinada orientação de acordo com as convicções do outorgante.

Nas considerações finais aconselha-se o outorgante a reiterar que elaborou o documento de modo livre, esclarecido e consciente das suas consequências e efeitos práticos. Muito já se discutiu acerca da necessidade de existência de testemunhas para o ato, dado o valor dos bens jurídicos em causa. Algumas legislações, a exemplo da tendência legislativa espanhola, dispensa a autenticação notarial ou do funcionário do Registo Nacional de DAV quando a celebração do aludido documento contar com a presença de três testemunhas, facultando, assim, ao outorgante a opção entre a certificação testemunhal e o controle notarial.

Zabala Blanco justifica a opção legislativa espanhola em razão da natureza da diretiva antecipada, um ato que se situa eminentemente na esfera da autonomia e intimidade das pessoas ¹⁵¹. André Pereira é também defensor desta possibilidade porque,

¹⁴⁹ Art. 4.º, n.º 2 - "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."

¹⁵⁰ Art. 5.º, n.º 2 - "Podem ainda constar do documento de diretivas 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."

¹⁵¹ BLANCO, Jaime Zabala, *Autonomía e instrucciones previas: un análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado Español*, Universidad de Cantabria, p. 96, disponível em

como explica, pode o outorgante já estar acamado quando decida elaborar o referido documento, pelo que a deslocação ao notário se revelaria uma burocracia onerosa e injustificada ¹⁵².

O legislador português dispensou este requisito, entendendo que a autenticação pelo notário ou funcionário habilitado do RENTEV era suficiente para lhe atribuir o rigor necessário, e insubstituível no que diz respeito à função de garante da sua segurança jurídica.

Na hipótese do outorgante preferir o preenchimento do formulário de diretiva antecipada de vontade, previsto no âmbito da Lei n.º 25/2012 e disponibilizado a todos os cidadãos ¹⁵³, poderá fazê-lo sem qualquer desvantagem. O modelo aprovado possibilita ao outorgante assinalar as situações clínicas nas quais a DAV produz os seus efeitos, os cuidados de saúde a receber, ou não, além de permitir que sempre que pretenda, o outorgante possa introduzir maiores informações e especificações acerca das decisões tomadas. Como não poderia deixar de ser, o formulário do Ministério da Saúde também contempla a hipótese de nomeação de procurador para cuidados de saúde.

2.7. OS LIMITES DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

São consideradas como juridicamente inexistentes as diretivas antecipadas de vontade que sejam contrárias à lei, à ordem pública ou determinem uma atuação contrária às boas práticas ¹⁵⁴. Logo, vê-se que não é qualquer orientação que ganha eficácia prospectiva, nem todo e qualquer tratamento médico que pode ser recusado em sede de diretiva antecipada de vontade.

A legislação inglesa, por exemplo, denominada “*Mental Capacity Act*” ¹⁵⁵, que entrou em vigor em 2007, determina que uma pessoa pode renunciar a tratamentos de suporte vital, desde que a recusa se faça por escrito e na presença de uma testemunha,

<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/10650/TesisJZB.pdf;jsessionid=F400342EBD3E245BC489FA9F9C8136CC.tdx?sequence=1>.

¹⁵² PEREIRA, André G. Dias, *O consentimento...*, op. cit., p. 254.

¹⁵³

Disponível

em

https://servicos.minsaude.pt/utente/portal/SiteCollectionDocuments/Rentev_form_v0.3.8.pdf, acesso em 07.09.2014.

¹⁵⁴ Cfr. artigo 5.º, a), da Lei n.º 25/2012.

¹⁵⁵ Disponível em http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/pdfs/ukpga_20050009_en.pdf, acesso em 09.09.2014.

todavia, não poderá renunciar ao que se convencionou denominar de cuidados básicos, como alimentação e hidratação orais, aquecimento e medidas de higiene, dentre outros.

Mas será deveras defensável que se elenque categoricamente quais os procedimentos médicos que um indivíduo pode recusar daqueles que lhe serão impostos, ainda que contra a sua vontade? Não parece. Concordar com este argumento é corroborar a ofensa que se faz à autonomia dos doentes. Todo paciente deve poder decidir acerca dos cuidados de saúde que pretende receber e é, no mínimo, custoso tentar compreender que esta decisão, de natureza tão íntima, possa ser considerada como contrária à ordem pública.

É legítimo que titulares de direitos possam dispor de faixas destes mesmos direitos, limitando o seu exercício em prol de uma determinada contrapartida, sempre que esta disponibilidade não lhe ferir a dignidade, infligindo-lhe uma condição incompatível com a sua humanidade. É exatamente a favor da dignidade humana que se advoga a possibilidade de se dispor de alguns direitos fundamentais, sem que esta disposição implique em qualquer contrariedade à ordem pública.

O Código Deontológico da Ordem dos Médicos, ao seu turno, dispõe que “não se consideram meios extraordinários de manutenção da vida, mesmo que administrados por via artificial, a hidratação e a alimentação; nem a administração por meios simples de pequenos débitos de oxigénio suplementar”. Logo, podem ser aplicados mesmo à revelia do paciente, vez que apenas os meios extraordinários de manutenção de vida é que não devem ser iniciados ou continuados contra a vontade do paciente.

Segundo esta perspetiva limitadora, como os procedimentos acima descritos não podem ser recusados pelo paciente, por óbvio que também não podem ser objeto de recusa em sede de diretiva antecipada, sob pena desta orientação ser considerada inexistente. Em verdade, as limitações previstas pelo legislador português revelam a preocupação de delimitar o âmbito das DAVs e assim afastar a possibilidade de legitimar a prática da eutanásia por meio do testamento vital.

O artigo 6.º, n.º 2 da LDAV prevê três possibilidades nas quais as diretivas antecipadas não serão respeitadas. A primeira delas diz respeito à situação na qual se comprove que o outorgante não desejava manter o aludido documento, e trata-se de uma disposição problemática que parece ir de encontro ao espírito da lei. Afinal, se a DAV é livremente revogável ou modificável por seu outorgante, a qualquer tempo e inclusive por meio de declaração oral, não se percebe o porquê do paciente não o fazer se era esta a sua

intenção. Assim, para que se retire a eficácia do documento é necessário que se comprove cabalmente, sem margem para suposições, que de fato o outorgante não mais desejava manter as diretivas antecipadas de tratamento que havia formulado anteriormente.

A segunda possibilidade se refere à verificação da evidente desatualização da vontade do outorgante face ao progresso dos meios terapêuticos averiguado entre o momento da elaboração da DAV e o momento em que se requer a sua aplicação. O avanço das ciências médica e farmacêutica, assim como das tecnologias aplicadas à saúde, se dá em passos tão largos atualmente que é possível que em alguns anos o tratamento de uma enfermidade específica possa sofrer profundas alterações. Portanto, a previsão desse descompasso entre a disposição de vontade declarada e o sucesso da nova terapêutica como elemento impeditivo da eficácia da diretiva antecipada é acertada e não merece reparo.

Por fim, a terceira hipótese impeditiva de eficácia da DAV refere-se à dissonância entre as circunstâncias factuais previstas pelo outorgante no momento da sua assinatura e as que realmente caracterizam o seu quadro clínico no momento oportuno para a sua aplicação. Caso não haja uma semelhança fática que permita a aplicação da DAV, esta tornar-se-á sem efeito, a menos que o outorgante tenha nomeado um procurador para cuidados de saúde, então este poderá decidir, diante da nova conjuntura, de acordo com o ideais e valores do paciente. Esta condição de ineficácia da DAV tem um importante papel pedagógico no que se refere à importância da correta elaboração de um documento de diretiva antecipada.

No que se refere à perda de eficácia da diretiva antecipada de vontade estabelecida no art. 6.º, n.º 2, LDAV, esclarece-se que a alegação de quaisquer das hipóteses previstas deverá ser sempre fundamentada e posteriormente registada no processo clínico do outorgante, para que o procurador de cuidados de saúde e qualquer outro interessado possa tomar conhecimento da alteração. O RENTEV deverá ser informado com prontidão para que proceda a atualização do registo da respetiva DAV. Por fim, importa mencionar que o ônus da prova de que a diretiva antecipada estava desatualizada, ultrapassada ou em desacordo com os mais recentes desejos do paciente, caberá sempre aquele que invoca tais conjecturas impeditivas da validade das DAVs.

Cumpre salientar, ainda, que em situações de urgência ou de perigo imediato para a vida do paciente, a equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde não tem o

dever de ter em consideração as diretivas antecipadas de vontade, no caso de o acesso às mesmas poder implicar uma demora que agrave, previsivelmente, os riscos para a vida ou a saúde do outorgante, conforme estabelece o art. 6.º, n.º 4, LDAV.

Prevê-se assim uma exceção ao dever do médico de consultar o RENTEV sempre que se veja na condição de prestador de cuidados de saúde a um indivíduo incapaz de manifestar a sua vontade. Este entendimento está em consonância com o disposto na Convenção sobre os Direitos e a Biomedicina que no seu art. 8.º dispõe que “sempre que, em virtude de uma situação de urgência, o consentimento apropriado não puder ser obtido, poder-se-á proceder imediatamente à intervenção medicamente indispensável em benefício da saúde da pessoa em causa”.

No ordenamento jurídico português, o art. 156.º, n.º 2, alínea a), do Código Penal se posiciona no mesmo sentido ao afastar a punibilidade das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários quando o consentimento só pudesse ter sido obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde.

É importante que assim seja, vez que a obrigatoriedade de consulta ao RENTEV mesmo em situações de emergência acabaria por inviabilizar a prestação de cuidados indispensáveis à sobrevivência de um indivíduo em risco de morte. Assim, a vinculatividade das diretivas antecipadas de vontade tem aqui uma exceção legítima. Ademais, não parece muito provável que qualquer que seja a conduta da equipa médica, fosse ela contrária às orientações estipuladas em um testamento vital, vez que estes documentos versam sobretudo à temática dos cuidados continuados, à obstinação terapêutica e não com práticas de reanimação, por exemplo.

2.8. A EUTANÁSIA E O TESTAMENTO VITAL, DIFERENÇAS

A legalização da eutanásia, aqui entendida como causação ativa e direta da morte do paciente a seu pedido, não obstante haja uma recente tendência legislativa europeia neste sentido ¹⁵⁶, é ainda um tema de veras controverso que suscita muitas dificuldades e

¹⁵⁶ O Parlamento Europeu em muito já colaborou com a discussão em torno da eutanásia, fomentando, inclusive, que os Estados-membros da União Europeia avançassem no sentido da sua legalização, conforme “Report on the situation as regards fundamental rights in the European Union (2003) – “28. Considers that the prohibition of torture and inhuman and degrading treatment, as well as the protection of human dignity, include the prohibition of over treatment, the promotion of palliative care, respect for the patient’s wishes, as expressed through his or her will, for example, calls on the Member States to consider the possibility of

difícilmente alcançará consensos. As posições legais consagradas na maioria dos ordenamentos jurídicos dos Estados europeus são ainda muito conservadoras e repressivas das práticas denominadas de “boa morte”. Ou seja, reconhece-se a importância de responder aos problemas levantados pela eutanásia, porém os resultados legislativos que provém deste reconhecimento são ainda muito insatisfatórios¹⁵⁷.

Nas palavras de Faria Costa, “a aceitação da eutanásia (...) corresponde a uma alteração substancial, radical, do paradigma daquilo que se considera um absoluto, um *definitional stop*. Ao absoluto da vida contrapõe-se o absoluto de um “eu” que assume a autodeterminação na plenitude da sua própria nadificação”¹⁵⁸. Portanto, esta alteração da valoração moral de questões a respeito do fim da vida representa quase uma mutação cultural, favorecida pelo fortalecimento do ideal de “morrer dignamente”.

O receio do legislador de permitir no âmbito da validade das diretivas antecipadas de saúde determinadas práticas que possam de alguma maneira ser relacionadas com a eutanásia, é, em verdade, o de permitir, por “efeito de arrastamento”, novas investidas de alargamento das hipóteses admissíveis de “ajuda à morte”¹⁵⁹.

Para bem se delimitar o problema é imprescindível que se entenda a eutanásia como o “auxílio prestado, de acordo com a sua vontade, real ou presumida, a uma pessoa severa e irrecuperavelmente enferma, no sentido de lhe permitir uma morte em condições que o enfermo reputa, ou há razões para presumir que reputa, humanamente dignas”¹⁶⁰.

O estudo da eutanásia possui uma vasta gama de classificações, importando apenas para o objeto do presente estudo a consideração da distinção que se faz entre a eutanásia ativa e passiva de acordo com o tipo de conduta do agente que auxilia o paciente no seu intento de interromper o seu sofrimento e ter uma morte tranquila.

amending laws on the end of life to this end by regulating euthanasia”, disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2004-0207+0+DOC+XML+V0//EN>, acesso em 09.09.2014.

¹⁵⁷ “Importa por isso afastar a discussão jurídico-penal, até ao limite possível, de preconceitos quantas vezes irracionais ou falhos de objetividade, ao fim dos quais a solução dos problema – *qualquer que ela deva ser em último termo* – se deixou tomar de tonalidades puramente ideológicas, e por vezes demagógicas, e se tornou assim ainda mais obscura”, DIAS, Jorge Figueiredo, *A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3949, p. 202.

¹⁵⁸ COSTA, José de Faria, *O fim...*, *op. cit.*, p. 783.

¹⁵⁹ Ainda segundo Faria Costa, “A sociologia do direito ensina e a experiência comum faz-nos apreender com facilidade que a quebra de uma qualquer barreira pode levar ao arrastamento de situações que jamais estariam no horizonte daqueles que estilhaçaram os selos daquele primitivo e irredutível limite”, *O fim...*, p. 783.

¹⁶⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno, “Artigo 131.º”, in *Comentário Conimbriense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 19.

Assim, a eutanásia ativa pode ser do tipo direta, na qual o agente provoca intencionalmente a morte do paciente, utilizando para tanto um meio adequado ao resultado pretendido, como por exemplo o recurso a uma droga letal; ou indireta, quando a intenção principal não é a de matar o paciente, mas de minorar o seu sofrimento com a administração de fármacos para minorar a sua dor, mas que podem, colateralmente, abreviar a vida do paciente. É o que se convencionou denominar como doutrina do “duplo efeito”, quando a indispensável administração de um qualquer fármaco analgésico, com o intuito de aliviar a dor do paciente, tem como efeito secundário, não pretendido, o encurtamento do seu tempo de vida.

A eutanásia passiva, por sua vez, também denominada ortotanásia, é aquela na qual o profissional de saúde abstém-se de iniciar, ou suspende, o tratamento que prolongaria a vida do paciente, mas sem qualquer possibilidade de recuperação, por entender que o prolongamento artificial de uma vida vegetativa é também o prolongamento da dor física e emocional do paciente e de seus familiares.

Por fim, a distanásia “consiste no prolongamento artificial do processo de morte, muitas vezes implicando sofrimento para o paciente, ainda que sabendo que no estado atual da ciência não é possível a sua cura ou sequer melhoria do seu estado de saúde”¹⁶¹. Também denominado obstinação terapêutica ou futilidade médica, consiste, como já se disse, no recurso intensivo e exagerado de processos terapêuticos inúteis, dado que a cura é impossível e os benefícios obtidos são mínimos. É apontado com frequência como reflexo do modelo de medicina defensiva que hoje se pratica, uma vez que a classe médica anda tão temerosa de uma responsabilização jurídica pelo resultado morte que procura esgotar todas as possibilidades de tratamento disponíveis.

A eutanásia ativa direta representa uma lesão ao direito de personalidade, insuscetível de qualquer limitação, ainda que voluntária, em razão do que a ilicitude do aludido ato lesivo não poderá ser afastado pelo consentimento do titular do direito ofendido. A eutanásia ativa é ainda tipificada como crime por força dos artigos 133.º e 134.º do Código Penal, homicídio privilegiado e homicídio a pedido da vítima, respetivamente¹⁶². Contudo, há entre a melhor doutrina quem defenda a sua

¹⁶¹ RAPOSO, Vera Lúcia Raposo, *Diretivas...*, p.189.

¹⁶² Caso não se verifiquem os requisitos de ambas as formas de homicídio privilegiado, aplicar-se-á o tipo penal do homicídio simples do art. 131.º do Código Penal, o qual pune mais severamente a conduta criminosa. Todavia, em linha de defesa pode o acusado invocar o estado de necessidade desculpante, previsto no art. 35.º, n.º 2, CP, quando se tratar de doentes em fase terminal cujo sofrimento seja insuportável.

despenalização, destacando-se o entendimento de Faria Costa¹⁶³ na defesa da não punibilidade penal da eutanásia ativa, desde que realizada por médico e em consonância com um rigoroso regime procedimental.

A eutanásia ativa indireta poderá ser considerada conduta lícita. Desde que não haja a intenção de matar o paciente, mas tão-somente de minorar o seu sofrimento e dor física, e que a conduta do profissional de saúde respeite as *leges artis*, não há que se falar em homicídio, mas apenas numa assunção justificada do risco morte¹⁶⁴. Trata-se, em verdade, da aceitação de um comportamento normalmente tido como lícito e que por isso mesmo não suscita grandes dificuldades. Defende Faria Costa que em verdadeiro rigor a eutanásia ativa indireta, de eutanásia não se trata¹⁶⁵.

Já a eutanásia passiva é conduta atípica, admissível desde que se trate de paciente em estado grave e irreversível, cuja morte seja considerada iminente e inevitável. Há, inclusive, quem entenda não se tratar a ortotanásia de eutanásia propriamente dita¹⁶⁶, porque não se provoca o resultado morte, apenas permite-se que o paciente morra em seu tempo certo, sem antes impor terapêuticas desproporcionadas e inúteis de prolongamento artificial da vida humana¹⁶⁷.

Ademais, tendo sido consagrado entre nós o critério da morte encefálica, correspondente à cessação definitiva das funções do tronco cerebral¹⁶⁸, não se caracteriza como eutanásia a abstenção de meios extraordinários de manutenção das funções respiratória e circulatória, após a extinção da função cerebral.

Além de constituir um ilícito penal, a eutanásia ativa é também considerada como falta deontológica grave por violar o dever de respeito pela dignidade do doente no momento do fim da vida¹⁶⁹. Tendo o médico o dever de respeitar a vida humana até a morte, utilizando os seus conhecimentos técnicos sempre em benefício do paciente, conclui

¹⁶³ COSTA, José de Faria, *O fim...*, *op. cit.*, pp. 759 – 807.

¹⁶⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, p.04.

¹⁶⁵ COSTA, José de Faria, *O fim...*, *op. cit.*, p. 782.

¹⁶⁶ Ver CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Parte Geral, tomo III – Pessoas, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, p. 162.

¹⁶⁷ “O avanço da tecnologia médica, que permite que os doentes possam ser conservados em sistemas de apoio, depois de a «vida» ter desaparecido, levou a uma situação complicada(...) também para os médicos. (...) A sua inclinação é prolongar a vida dos doentes ao máximo (...) pode acontecer que aos doentes terminais esteja a ser negada a possibilidade de morrer naturalmente”, MÓNICA, Maria Filomena, *A Morte*, p. 31.

¹⁶⁸ Cfr. artigo 2º da Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, e art. 59, nº 1, CDOM.

¹⁶⁹ Cfr. Artigo 57ª, nº 1, Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

o Código Deontológico da Ordem dos Médicos que “ao médico é vedada a ajuda ao suicídio, a eutanásia e a distanásia”¹⁷⁰.

Entretanto, o artigo 59, nº 3 do CDOM, estabelece que “o uso de meios extraordinários de manutenção de vida deve ser interrompido nos casos irrecuperáveis de prognóstico seguramente fatal e próximo, quando da continuação de tais terapêuticas não resulte benefício para o doente”, considerando o encarniçamento terapêutico como uma má prática médica. Em seguida, dispõe o nº 4 do mesmo artigo que “o uso de meios extraordinários de manutenção da vida não deve ser iniciado ou continuado contra a vontade do doente”.

Na ausência de legislação específica, a Associação Portuguesa de Bioética formulou em 26 de Maio de 2008 um documento de *guidelines* sobre suspensão e abstenção de tratamentos em doentes terminais¹⁷¹. São essencialmente normas orientadoras de aplicação universal no sistema de saúde português, dentre as quais destacam-se as Ordens de Não-Reanimar (DNR - Do Not Resuscitate Order, ou mais corretamente DNAR - Do Not Attempt Resuscitation Order), que estabelece que, independentemente da patologia de base, quando o paciente se encontre irreversivelmente terminal e a morte é iminente, considera-se eticamente adequada a decisão médica de não reanimar. No âmbito do Estudo N.º E/17/APB/10, o relator Rui Nunes afirma ser as Ordens de Não – Reanimar o standard da boa prática médica tendo sido plenamente incorporadas nas *leges artis* da profissão médica.

Ainda que lentamente, a consciência coletiva vai amadurecendo no sentido de diferenciar as situações de abstenção e suspensão de tratamentos médicos desproporcionados e inúteis, do contexto da prática da eutanásia não consentida e criminosa.

Por tudo aquilo que aqui já se disse, pode-se concluir que, apesar de à primeira vista parecer se tratar, as diretivas antecipadas de vontade e a eutanásia ativa, de duas realidades semelhantes, na verdade não se confundem. De uma diretiva antecipada de

¹⁷⁰ Cfr. art. 55, nº 2, CDOM.

¹⁷¹ Documento discutido na Conferência Nacional de Consenso sobre Suspensão e Abstenção de Tratamento em Doentes Terminais, realizada em 11 de janeiro de 2008, e cujo preâmbulo estabelece que “O que está em causa é a legitimidade – nos planos ético e jurídico – das diretivas antecipadas de vontade entendidas como instruções que uma pessoa dá antecipadamente, relativas aos tratamentos que deseja ou que recusa receber no fim da vida, para o caso de se tornar incapaz de exprimir a sua vontade ou de tomar decisões por e para si própria”, disponível em http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802541901211800343guidelines_p_11_apb_08.pdf, acesso em 02.09.2014.

vontade não poderá jamais constar uma orientação para que a equipa médica pratique um ato que, ativa e propositadamente, ponha um fim à vida do paciente ¹⁷². A prática da eutanásia é ilícita no ordenamento português e, portanto, não pode ser objeto de um testamento vital, cujo conteúdo não pode ser contrário à ordem jurídica vigente e às boas práticas médicas. Na hipótese do conteúdo de um documento de diretiva antecipada constar instrução que determine a adoção de comportamento ativo que conduza à morte do seu outorgante, esta não terá qualquer eficácia, sendo consideradas como inexistentes juridicamente.

A função primordial das diretivas antecipadas de vontade é justamente atribuir força jurídica prospetiva às decisões do paciente para que estas sejam cumpridas quando o outorgante já não tiver condições de manifestá-las. Portanto, não se trata aqui de validar uma realidade jurídica que já não seja legítima e recorrente entre nós. Muito menos de se abrir precedentes para a prática de eutanásia.

Muito sucintamente, a eutanásia demanda uma ação concreta que põe termo à vida do doente, enquanto a diretiva antecipada apenas fornece orientações acerca dos tratamentos pretendidos ou recusados pelo paciente em uma eventual situação de incapacidade, não sendo permitido que através dela se exija a adoção de um comportamento ativo que conduza à morte do paciente.

É preciso entender que a legalização das diretivas antecipadas de vontade não permite nenhuma prática de encurtamento de vida do paciente que seja inédita entre nós. Afinal, se ao paciente é assistido o direito de aceitar ou recusar determinado tratamento médico, não lhe podendo ser imposta a prestação de cuidados de saúde contra a sua vontade, por que se haveria de permitir que bastasse o paciente quedar inerte, inconsciente, para a sua autonomia ser automaticamente desconsiderada?

Logo, a única aproximação conceitual que existe entre a eutanásia e a diretiva antecipada de vontade refere-se à eutanásia passiva, na qual o ato médico, em perfeita sintonia com a prévia manifestação de vontade do paciente, tiver como resultado pretendido a sua morte. Contudo, uma instrução prévia com este teor já é válida no

¹⁷² Importante ressaltar que nos países nos quais a prática da eutanásia está despenalizada, a exemplo da Holanda, Bélgica, Luxemburgo), existe uma espécie de diretiva antecipada específica para a sua solicitação, a qual não se confunde com as diretivas antecipadas de tratamento, sendo as duas espécies absolutamente independentes.

ordenamento jurídico português, pelo que não há razão que assista a sua desconsideração na eventualidade do paciente vir a sofrer de um estado de inconsciência.

Não obstante haja este ponto de encontro entre a eutanásia passiva e as diretivas antecipadas, continua a não se poder afirmar haver uma identificação entre os dois institutos, os quais não se confundem. A *Ley 2/2010*, de 08 de Abril, da Comunidade Autónoma da Andaluzia, intitulada *Ley de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte*, diferencia com exatidão a diretiva antecipada do pedido de eutanásia. Senão, veja-se:

Primeiramente, esclarece o que vem de fato a ser a eutanásia. *“Como un intento de delimitar el significado de la palabra eutanasia existe hoy en día una tendencia creciente a considerar solo como tal las actuaciones que: a) producen la muerte de los pacientes, es decir, que la causan de forma directa e intencionada mediante una relación causa-efecto única e inmediata; b) se realizan a petición expresa, reiterada en el tiempo, e informada de los pacientes en situación de capacidad; c) se realizan en un contexto de sufrimiento debido a una enfermedad incurable que los pacientes experimentan como inaceptable y que no ha podido ser mitigado por otros medios, por ejemplo, mediante cuidados paliativos, y d) son realizadas por profesionales sanitarios que conocen a los pacientes y mantienen con ellos una relación clínica significativa”*.

Para, em seguida, a distinguir das diretivas antecipadas de vontade. *“Por el contrario, el rechazo de tratamiento, la limitación de medidas de soporte vital y la sedación paliativa no deben ser calificadas como acciones de eutanasia. Dichas actuaciones nunca buscan deliberadamente la muerte, sino aliviar o evitar el sufrimiento, respetar la autonomía de los pacientes y humanizar el proceso de la muerte. Aceptar el derecho de las personas enfermas a rechazar una determinada intervención sanitaria no es sino mostrar un exquisito respeto a la autonomía personal, a la libertad de cada cual para gestionar su propia biografía asumiendo las consecuencias de las decisiones que toma”*¹⁷³.

Outra limitação imposta à produção de efeitos de uma diretiva antecipada refere-se ao fato do seu cumprimento poder provocar deliberadamente a morte não natural e evitável, tal como prevista nos artigos 134.º e 135.º do Código Penal. Como já dito, a diretiva antecipada de vontade somente pode condicionar a realização ou não de

¹⁷³ Disponível em <http://www.boe.es/boe/dias/2010/05/25/pdfs/BOE-A-2010-8326.pdf>, acessado em 08.09.2014.

determinados tratamentos médicos. Assim, qualquer recomendação, ainda que prestada pelo seu outorgante de forma livre e esclarecida, que implique numa morte não natural é inválida e não produz nenhum efeito.

Apenas se pode aceitar como legítima a diretiva antecipada de recusa aos esforços terapêuticos de suporte vital cujo cumprimento permite o avanço natural da doença e, conseqüentemente, o resultado morte, que já era expectável. A morte que advém do cumprimento de uma DAV deverá ser sempre o resultado de um processo natural e inevitável, diante do qual já nada, ou muito pouco, se podia fazer.

Por último, estabelece o legislador que também será juridicamente inexistente a diretiva antecipada na qual o outorgante não tenha expressado a sua vontade de forma clara e inequívoca. Ou seja, para que a DAV seja válida, deve ser formulada em termos precisos, com o uso de uma linguagem objetiva, sem ambigüidades ou termos vagos, para que da sua leitura depreenda-se, sem erro, qual é de fato a verdadeira vontade do outorgante. Uma diretiva antecipada mal redigida, baseada em conceitos ambíguos e permeada de orientações hesitantes, não cumpre a sua função, dificulta ainda mais a atuação médica e deve-lhe ser negada validade jurídica.

2.9. CAPACIDADE

Dispõe a Lei nº 25/2012 que a diretiva antecipada de vontade é o documento no qual a pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade quanto a cuidados de saúde que pretende receber ou recusar em uma eventual situação de incapacidade.

Portanto, é requisito de validade das DAVs que o seu outorgante tenha capacidade jurídica à data da sua celebração. O legislador português seguiu, assim, a tendência legislativa que se observa no direito espanhol. A *Ley 3/2005*, de 23 de Maio, da Comunidade de Madrid ¹⁷⁴, “*que regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente*”, dispõe em seu artigo 4.º que “*para otorgar el documento de instrucciones previas se requiere el cumplimiento*

174

Disponível em <http://www.madrid.org/wleg/servlet/Servidor?cdestado=P&nmnorma=2983&opcion=VerHtml>, acesso em 10.09.2014.

de los siguientes requisitos: ser mayor de edad y no haber sido incapacitado judicialmente, e manifestar libremente la correspondiente declaración de voluntad”.

A Ley 8/2003, de 08 de Abril, “*sobre derechos y deberes de las personas en relación com la salud*”, adotada pela Comunidade Autónoma de Castilla y León, determina em seu artigo 30.º que “*las instrucciones previas, que sólo podrán realizar las personas mayores de edad capaces y libres, deberán formalizarse documentalmente (...)*”¹⁷⁵.

A Comunidade Autónoma da Galiza, por sua vez, dispõe no seu artigo 5.º da Ley 3/2005, 07 de Março, “*de modificación de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes*”, que somente a pessoa maior de idade, capaz e livre, pode manifestar antecipadamente a sua vontade em um documento de instruções prévias¹⁷⁶.

O artigo 3.º, da Ley 6/2005, 07 de Julho, *sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en materia de la propia salud*, adotada pelas Cortes de Castilla-La Mancha, estabelece que “*toda persona mayor de edad, que actúe libremente y que no se encuentre incapacitada judicialmente para emitirla, podrá formular la declaración regulada en esta Ley*”¹⁷⁷.

A Ley 5/2003, de 09 de Outubro, “*de declaración de voluntad vital anticipada*”, adotada pela Comunidade Autónoma da Andalucía, determina em seu artigo 4.º, n.º 1, que “*la declaración de voluntad vital anticipada podrá ser emitida por un mayor de edad o un menor emancipado*”, e que “*los incapacitados judicialmente podrán emitir declaración de voluntad vital anticipada, salvo que otra cosa determine la resolución judicial de incapacitación. No obstante, si el personal facultativo responsable de su asistencia sanitaria cuestionara su capacidad para otorgarla, pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, inste ante la autoridad judicial un nuevo proceso, que tenga por objeto modificar el alcance de la incapacitación ya establecida*”¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Disponível em <http://www.saludcastillayleon.es/institucion/es/recopilacion-normativa/asistencia-sanitaria/prestaciones-derechos/ley-8-2003-8-abril-derechos-deberes-personas-relacion-salud>, acesso em 10.09.2014.

¹⁷⁶ Disponível em <http://www.boe.es/boe/dias/2005/04/19/pdfs/A13364-13368.pdf>, acesso em 10.09.2014.

¹⁷⁷ Disponível em http://www.observatorioreligion.es/upload/49/07/Ley_62005_Voluntades_anticipadas_Castilla_La_Mancha.pdf, acesso em 10.09.2014.

¹⁷⁸ Disponível em http://www.juntadeandalucia.es/salud/sites/csalud/galerias/documentos/c_2_c_8_voluntad_vital_anticipada/ley_5_2003_9_octubre.pdf, acesso em 10.09.2014.

É inegável haver uma grande preocupação com a capacidade jurídica do outorgante de uma diretiva antecipada de vontade, excluindo-se do rol de habilitados, todos aqueles que não gozam de capacidade plena de exercício de direitos e os que não podem prestar um consentimento válido para o acesso aos cuidados de saúde.

Esta restrição funda-se essencialmente na defesa do interesse do próprio incapaz. Assim, é uniforme o entendimento que interditos e inabilitados não podem elaborar um documento de diretiva antecipada, mas quando a questão se refere aos incapacitados por menoridade, a questão suscita maiores problemas.

Dentre os projetos de lei apresentados à Assembleia da República, apenas o Projeto de Lei n.º 64/XII/1ª, de autoria do Grupo Parlamentar do Centro Democrático Social (CDS-PP), previa a possibilidade do indivíduo emancipado legalmente elaborar o seu testamento vital e/ou procuração para cuidados de saúde, ampliando, deste modo, o leque de legitimados a propor uma DAV. Todos os demais projetos estabeleciam a maioria como requisito indispensável à validade da diretiva antecipada de vontade, tendo sido esta a posição adotada pela Lei das Diretivas Antecipadas.

Todavia, entende-se que o legislador português deveria ter sido mais cauteloso e previsto a capacidade dos menores emancipados para elaborar um documento de diretiva antecipada de vontade, uma vez que facilmente chega-se a esta conclusão por via da argumentação jurídica, ora veja-se, o artigo 133.º do Código Civil dispõe que o menor devidamente casado adquire plena capacidade de exercício de direitos, assim, resta evidente que o menor emancipado é habilitado para formular uma DAV perfeitamente válida, até mesmo porque a responsabilidade parental perdura tão-somente até à emancipação, conforme artigo 1877.º do Código Civil.

Contudo, o problema que aqui se põe é que enquanto o Código Civil português estabelece que a aquisição da plena capacidade de exercícios de direitos é efeito da maioria, atingida aos dezoito anos, por força do artigo 130.º, CC, o Código Penal atribui capacidade para prestar consentimento a partir de dezasseis anos, desde que a pessoa possua “discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”, conforme disposto pelo artigo 38.º/3, CP.

Assim, se o consentimento do menor de dezasseis anos tem eficácia jurídica para recusar tratamentos médicos e ser causa de justificação jurídico-criminal, não se entende a razão da imposição da maioria para a formulação de diretivas antecipadas de vontade

que são, em verdade, espécie de consentimento prospetivo. Não se admite que o menor de dezasseis possa recusar validamente um específico tratamento médico e que baste que ele fique incapaz de expressar a sua vontade, para que essa mesma vontade seja prontamente descartada como se nada fosse.

Defensor da maioria como requisito de validade da DAV, Rui Nunes afirma que “em matéria de aplicação de testamento vital deve preponderar o princípio da precaução pelo que defendo que esta possibilidade deve ser reservada a maiores de idade não inibidos por anomalia psíquica”¹⁷⁹.

Rui Nunes já havia sustentado este mesmo entendimento no Parecer N.º P/05/APB/06, elaborado em parceria com Helena Pereira de Melo, em sede do qual sustenta que “atenta a gravidade das eventuais consequências da elaboração de uma Diretiva Antecipada de Vontade 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 suficiente 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”. E voltou a explicar a mesma opinião no Estudo N.º E/17/APB/10 sobre Testamento Vital.

Trata-se de uma verdadeira incongruência jurídica a negação de eficácia futura de um consentimento que é válido no presente. Legitima-se, assim, a descontinuidade da personalidade jurídica do menor e põe em causa o seu direito à autodeterminação. Ignorar a sua vontade, legítima e válida, é também desconsiderar o primado da autonomia do paciente, e qualquer tratamento que lhe seja administrado nestas circunstâncias será uma coação e uma violação da sua integridade física.

Ademais, invocar o princípio *in dubio pro vita* para legitimar a desconsideração da vontade do paciente e a conseqüente heterodeterminação das decisões de saúde é leviano porque não existe dúvida alguma acerca da real intenção do paciente. Na hipótese de um jovem de dezassete anos expressamente recusar um tratamento específico, esta recusa vincula a ação médica, e a equipa que lhe acompanha não pode se valer de uma situação de eventual incapacidade do paciente para ignorar o que foi anteriormente declarado por ele. Não existe aqui um quadro de incerteza para que se invoque a aplicação do *in dubio pro vita*.

¹⁷⁹ NUNES, Rui. *Testamento...*, op. cit., p. 130.

A desconsideração do consentimento do paciente maior de dezasseis anos no âmbito das diretivas antecipadas de saúde é o resgate de práticas médicas paternalistas que violam a identidade do paciente e deve, por isso, não ser admitida em uma ordem jurídica verdadeiramente democrática.

Se o menor tem discernimento suficiente para gerir legitimamente os seus interesses em matéria de cuidados de saúde e recusa ser submetido a um tratamento médico específico, é insustentável que se invoque princípios como o *favor vitae*, que, não raro, constitui verdadeira teoria de justificação da imposição ideológica do médico. Como explica André Dias Pereira, a doutrina maioritária na Europa afirma que se a recusa está claramente assente, não podemos invocar o “estado de necessidade” para justificar a intervenção clínica, apesar das boas intenções do médico ¹⁸⁰.

Este entendimento vem ao encontro da perspetiva deste trabalho, pois se a recusa é inequívoca, prestada por quem tem capacidade para fazê-lo de acordo com os requisitos legais, a sua desconsideração injustificada e autoritária constituem lesão do direito à integridade física do menor, mesmo que o procedimento levado a cabo pelo médico seja terapêuticamente indicado e tenha sido executado de acordo com a *leges artis*. Quanto a esta questão, Orlando de Carvalho, com a maestria de costume, assevera que “o dano não é aqui a alteração para pior da situação físico-psíquica: é a intervenção não consentida na zona de reserva que o corpo é para a pessoa, é a lesão da incolumidade (*noli me tangere*) do corpo alheio. Juiz do bem e do mal para o seu corpo é a própria pessoa – não é outra pessoa, mesmo que qualificada e bem-intencionada” ¹⁸¹.

Beauchamp e Childress caracterizam duas formas de paternalismo clínico de acordo com intensidade à violação da autonomia do paciente ¹⁸². A primeira forma refere-se a uma espécie de paternalismo moderado e diz respeito a situações nas quais o médico não acolhe a decisão do paciente por entender que a sua capacidade de compreensão está de alguma forma diminuída. A segunda forma seria um paternalismo mais significativo e, por isso mesmo, mais prejudicial aos direitos do paciente, e reporta ao não acolhimento da opinião do paciente, mesmo quando se sabe que a sua autenticidade não resta comprometida. É exatamente esta espécie de paternalismo desastroso que se invoca quando

¹⁸⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Declarações...*, *op. cit.*, p. 827.

¹⁸¹ CARVALHO, Orlando de, *Sumários desenvolvidos para uso dos alunos de 2º ano do Curso Jurídico de 1980/81*, Centelha, Coimbra, 1981, p. 94.

¹⁸² RAMOS, Henrique Vilaça, *O doente perante o seu fim: autonomia ou paternalismo?*, *Cadernos de Bioética*, Dezembro 2003, XII, n.º 33, pp. 17 e 18.

se desconsidera a recusa de tratamento por um menor que possua discernimento e maturidade suficiente para autodeterminar-se e compreender o alcance e consequências das suas decisões.

No âmbito da discussão legislativa conjunta, na Assembleia da República, dos supra mencionados projetos de lei acerca das diretivas antecipadas de vontade (o Projeto de Lei n.º 21/XII/1.ª do BE, Projeto de Lei n.º 62/XII/1.ª do PS, 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), a Comissão Parlamentar de Saúde solicitou à Comissão Nacional de Proteção de Dados, conforme disposição do artigo 22.º, n.º 2, da Lei n.º 67/98 de 26 de Outubro, a lei de proteção de dados pessoais.

Assim, em 07 de Maio de 2012, a CNPD emitiu o parecer n.º 23/2012, o qual demonstra alguma estranheza à exigência de maioria dos aludidos projetos legislativos, uma vez que “mais do que o direito de as crianças expressarem a sua vontade e de o respetivo médico poder considerá-la, parece inegável a faculdade de as próprias crianças poderem tomar decisões quanto aos cuidados paliativos a que venham a ser sujeitas”.

Em seguida, faz alusão ao parecer n.º 02/2009 sobre os dados pessoais das crianças, proferido pelo Grupo de Trabalho do artigo 29.º para a Proteção dos Dados Pessoais que dispõe que “ quando esteja em causa o consentimento, a solução pode ir desde a mera consulta da criança, ao consentimento paralelo da criança e do representante legal, até ao consentimento exclusivo da criança, se já tiver atingido a maturidade”. Conclui, então, o parecer da CNPD que atendendo à idade e à maturidade das crianças, poderão as próprias crianças tomar decisões quanto aos cuidados de saúde.

Este é o cerne da questão, porque se um menor de dezasseis anos tem capacidade jurídica suficiente para consentir validamente um determinado tratamento médico, por mais invasivo que ele seja, ou então para recusar qualquer terapêutica, independentemente da sua urgência e necessidade, é imperativo que se reconheça esta mesma capacidade no âmbito das diretivas antecipadas de vontade, legitimando o menor a exercer o seu direito ao consentimento informado prospetivo.

Negar a validade futura de um direito que o menor, respeitados os requisitos legais, pode exercer hoje é, no mínimo, uma inconsistência jurídica que macula a lei de diretivas antecipadas de vontade e viola a autonomia dos menores.

3. A AUTONOMIA PROGRESSIVA DOS MENORES

3.1. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITO

Todos os seres humanos são dotados de personalidade jurídica por natureza, definida por Capelo de Sousa como “(...) qualidade, em si mesma, determinante do ser sujeito de direitos, ou seja, a aptidão para se ser um titular autônomo de direitos e obrigações (particularmente, de relações jurídicas), ou melhor, a aptidão para se ser um centro independente de imputação e de irradiação de efeitos jurídicos materiais e processuais”¹⁸³.

Todavia, o reconhecimento da criança e do adolescente como titulares de direitos fundamentais é uma realidade recente e ainda em expansão. Se até algumas décadas atrás as crianças eram consideradas como seres desprovidos de qualquer capacidade jurídica relevante, ao passar dos anos foram adquirindo parcelas de autonomia e, conseqüentemente, incorporando o estatuto de pessoa, de modo a atualmente ser vista como um ser humano em desenvolvimento cujas potencialidades não podem ser desconsideradas.

Assim, se até meados do século XVIII, a criança era totalmente submetida ao poder familiar do pai, cujo pátrio poder sobre o agregado familiar ostentava contornos de verdadeiro império doméstico, tendo em vista a sua natureza vitalícia e absoluta, após a Revolução Industrial as relações sociais, inclusive as familiares, sofrem profundas mudanças e a autonomização económica dos filhos, e muitas vezes da própria mulher, permite agora o questionamento acerca da hegemonia da autoridade paterna.

A partir de então, o crescente protagonismo das crianças e adolescentes na condução dos seus interesses contribuiu para que lhes seja concedida uma liberdade de ação progressiva, baseada, sobretudo, em função da sua idade e do seu grau de amadurecimento. Todavia, apenas após a Segunda Guerra Mundial é que a ideia do menor como titular de uma autodeterminação evolutiva ganha força, permitindo que o menor deixasse de ser encarado, através de uma ótica reducionista, como pessoa totalmente desprovida de capacidade para conduzir a sua vida e, portanto, submetido ao pleno poder de decisão de seu representante legal.

¹⁸³ SOUZA, Rabindranath Capelo de, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 250.

A percepção da criança e do adolescente como sujeitos ativos de direitos consolidou-se acompanhada da necessidade de concessão aos menores de proteção integral e cuidados especiais, em razão da sua fragilidade e dependência. Foi esta preocupação com o direito da infância que acabou por promover, na primeira metade do século XX, um conjunto de declarações de caráter não vinculativo no âmbito das instâncias internacionais, cuja ênfase era exatamente a indispensabilidade desta proteção integral.

Deste modo, o grande marco do processo de modificação dos conceitos relacionados aos direitos da infância foi a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Janeiro de 1990, e ratificada por Portugal em Setembro do mesmo ano ¹⁸⁴. Não obstante já existisse a Declaração Universal dos Direitos das Crianças ¹⁸⁵, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Novembro de 1959, esta declaração, apesar de importante por reconhecer os direitos básicos de todas as crianças, não gozava de força jurídica e limitava-se a promover princípios gerais e obrigações de natureza essencialmente moral.

Logo, a Convenção sobre os Direitos da Criança travestiu-se de enorme utilidade na defesa dos direitos da infância ao reconhecer juridicamente a criança como sujeito autónomo de direitos e vincular juridicamente os Estados-membros aos seus preceitos, os quais devem adequar as normas de Direito interno aos preceitos da Convenção, de modo a fomentar e proteger eficazmente os direitos e liberdades nela consagrados.

A CDC promoveu uma profunda e proveitosa mudança normativa a nível mundial, primeiro porque ao ser ratificada por 193 países ¹⁸⁶ passou a ter caráter universal, e em segundo porque ao reconhecer a criança e o adolescente como sujeitos autónomos de direitos, implica na extensão desta titularidade para abarcar também direitos fundamentais consagrados outros instrumentos normativos de proteção, cuja aplicação, até então, restringia-se aos adultos.

Em Portugal, especificamente, além de integrar o direito interno, conforme art. 8.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa¹⁸⁷, a CDC assume o papel de matriz do

¹⁸⁴ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, publicada no Diário da República, I série, n.º 211, de 12 de Setembro de 1990.

¹⁸⁵ Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/dc-declaracao-dc.html>, acesso em 12.09.2014.

¹⁸⁶ Apenas Estados Unidos e Somália não ratificaram a Convenção sobre os Direitos das Crianças, cfr. http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm, acesso em 12.09.2014.

¹⁸⁷ “As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português”.

rol jurídico-normativo relativo aos direitos da infância e se reveste de inegável importância enquanto instrumento de interpretação das normas que consagram direitos da criança, contribuindo energicamente para a sua promoção e proteção ¹⁸⁸.

3.2. CONCEITO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE

O estudo dos direitos da infância exige uma definição do que vem a ser exatamente a infância e a adolescência. O mais importante diploma internacional acerca do reconhecimento e proteção das garantias fundamentais da criança, a Convenção sobre os Direitos da Criança define a criança, em seu artigo 1.º, como todo ser humano menor de dezoito anos de idade, salvo quando, em virtude da lei que lhe seja aplicável, atinja a maioridade mais cedo.

É comum a adoção do critério essencialmente ontológico para definir a criança e o adolescente, distinguindo estas duas fases de desenvolvimento da vida humana entre si. O ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, estabelece no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n.º 8.069, de 13 de Julho de 1990, no seu art. 2.º, que criança é a pessoa até os doze anos de idade incompletos, enquanto que o adolescente é a pessoa que possui entre doze e dezoito anos de idade.

Porém, o direito positivo português não distingue expressamente a infância da adolescência, tendo antes consagrado a expressão “menor” para definir aquele que ainda não completou dezoito anos de idade, nem foi emancipado legalmente.

Apesar de ser já um termo bem consolidado na doutrina e na jurisprudência portuguesa, a expressão “menor” tem sido alvo de críticas nos últimos anos por supostamente refletir uma ideia de inferioridade em relação a quem assim designa, o que a tornaria uma expressão incompatível com o estatuto de cidadania que as crianças têm alcançado perante a comunidade familiar e também fora dela ¹⁸⁹.

Assim, como expressão desta postura crítica quanto ao uso do termo menor, maculado com ideia de desvalorização da criança e do seu estatuto social, a Lei de

¹⁸⁸ Boliero, Helena e Guerra, Paulo, em *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s)*, p. 17 e ss.

¹⁸⁹ MARTINS, Rosa, *A criança, o adolescente e o ato médico*. O problema do consentimento, Comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, vol. I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 791.

Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (lei n.º 147/99, de 1º de setembro) evitou fazer referência à expressão clássica, preferindo adotar os termos criança e jovem ¹⁹⁰.

A adolescência é um período de desenvolvimento do ser humano que marca a transição entre a infância e a vida adulta, portanto, inicia-se com a puberdade e tem o seu fim com o advento da maioridade. É uma fase marcada por profundas alterações, físicas e psicológicas, desencadeada pelo gradativo distanciamento de comportamentos típicos da infância, ao passo em que se adquire competências características da fase adulta.

Assim sendo, é patente a dificuldade de uma definição da adolescência que assuma contornos gerais e absolutos. Sendo um conceito essencialmente cultural, a definição da adolescência estará sempre correlativa à compreensão que determinada sociedade tem acerca do próprio desenvolvimento humano, além do modo como cada geração adulta se define a ela própria.

Para a Organização Mundial de Saúde a adolescência compreende a fase humana entre os dez e os dezanove anos de idade ¹⁹¹, enquanto que, como já dito, as Nações Unidas considera para efeitos da CDC todos os indivíduos como crianças até o advento da maioridade. Apesar de serem conceitos distintos, que não se confundem, a ONU define juventude como a fase entre os 15 e 24 anos de idade, esclarecendo, entretanto a possibilidade de diferentes nações definirem o termo de outra maneira ¹⁹².

No âmbito do presente trabalho, pretendeu-se privilegiar o uso dos termos “criança”, “adolescente” e “jovem”, opção por uma linguagem em consonância com a mais atual tendência doutrinária, porém o uso da expressão “menor” foi mais recorrente do que pretendido, sinal da força que esta expressão clássica ainda goza na ordem jurídica vigente.

3.3. INCAPACIDADE DE AGIR

A personalidade jurídica é o reconhecimento do respeito à dignidade de todos os seres humanos, à qual é inerente a capacidade de gozo de direitos, ou seja, a aptidão para

¹⁹⁰ CLEMENTE, Rosa, *Inovação e modernidade no direito de menores – A perspectiva da lei de proteção de crianças e jovens em perigo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 26-28.

¹⁹¹ Disponível em http://www.who.int/topics/adolescent_health/en/, acesso em 23.09.2014.

¹⁹² “The United Nations, for statistical purposes, defines ‘youth’, as those persons between the ages of 15 and 24 years, without prejudice to other definitions by Member States (...) Within the category of “youth”, it is also important to distinguish between teenagers (13-19) and young adults (20-24), since the sociological, psychological and health problems they face may differ”, disponível em <http://undesadspd.org/Youth/FAQs.aspx>, acesso em 23.09.2014.

ser titular de relações jurídicas. Contudo, a titularidades de direitos não se confunde com a capacidade de exercício destes mesmos direitos, que vem a ser “a idoneidade para atuar juridicamente, exercendo direitos ou cumprindo deveres, adquirindo direitos ou assumindo obrigações, por ato próprio e exclusivo ou mediante um representante voluntário ou procurador”¹⁹³.

Assim, pode-se dizer que a personalidade jurídica dá origem à capacidade jurídica, são noções indissociáveis, uma vez que não se pode possuir apenas uma delas. Todas as pessoas possuem personalidade jurídica e, por isso mesmo, capacidade jurídica, o que pode variar, entretanto, é a medida desta capacidade, conferindo ao seu titular a aptidão para ser titular de um universo maior ou menor de relações jurídicas, como o que acontece com as crianças e os adolescentes que têm a capacidade de agir limitada até atingirem a maioridade, aos 18 anos de idade, conforme art. 130.º, CC.

Ademais, capacidade jurídica e capacidade de agir são dois institutos distintos, enquanto aquela é reflexo da personalidade jurídica e refere-se à possibilidade em concreto da titularidade de direitos e deveres, a capacidade de agir não se limita a esta idoneidade para exercitar direitos ou cumprir obrigações, mas é também a idoneidade para, seja pessoalmente ou por representante voluntário, adquirir direitos ou assumir obrigações que se enquadrem no âmbito da sua capacidade de gozo¹⁹⁴.

Por óbvio que a incapacidade de gozo acarreta a incapacidade de agir, uma vez que não se pode exercer algo que não se tenha. Todavia, a lógica inversa não é verdade, pois pode perfeitamente haver capacidade de gozo de determinados direitos, sem que o seu titular tenha capacidade para exercê-los.

A incapacidade de exercício das crianças e dos adolescentes é fixada sob fundamento de proteção dos seus próprios interesses, uma vez que a sua inerente fragilidade pode pô-los em situações desastrosas, potencialmente comprometedoras dos seus reais interesses, pelo que deve ser vista como uma manobra protecionista e não como uma abusiva limitação aos direitos dos jovens.

Outro argumento legitimador da incapacidade dos jovens é a necessidade de imprimir maior segurança jurídica às relações. É preciso haver contornos seguros que, uma vez respeitados pelos contratantes, validem a transação negocial entre as partes sem que

¹⁹³ PINTO, Carlos Alberto da Mota, Teoria Geral do Direito Civil, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 213 e 214.

¹⁹⁴ SOUZA, Rabindranath Capelo de, op. cit., p. 252.

pese sobre ela a constante ameaça de uma possível anulação, uma vez que, conforme regra do artigo 125.º, n.º 1, Código Civil, a sanção imposta à violação da incapacidade de agir das crianças e dos adolescentes é a anulabilidade dos atos praticados por estes.

Importante mencionar que o regime da anulabilidade dos atos praticados por jovens se baseia em duas justificativas, a primeira delas é mais uma vez a proteção da criança face à sua pouca experiência e, consequentemente, suscetibilidade de ser vítima de abusos perpetrados por adultos inescrupulosos e aproveitadores. A segunda justificativa é a fomentação da participação ativa e responsável dos jovens no tráfego jurídico, afinal sendo os seus atos provisoriamente eficazes, incentivam a autonomia progressiva dos seus agentes.

Neste sentido, mesmo que se adotasse um modelo pautado na solução do controle *a posteriori*, através do regime da incapacidade acidental, esta proteção seria de difícil concretização prática, além de trazer nefastas consequências jurídicas para o sistema jurídico em decorrência da insegurança que iria acarretar ¹⁹⁵. Muito possivelmente o dinamismo dos nossos dias não permitiria a análise concreta e pontual acerca da real capacidade que cada criança possui acerca das consequências jurídicas, pessoais e patrimoniais dos seus atos.

Apesar da impossibilidade de se averiguar caso a caso a capacidade de alguns jovens quanto ao exercício de determinados direitos, não é melhor solução engessarmos a capacidade de agir de acordo tão-somente com critérios etários. Cada vez mais a evolução das relações hoje exige a flexibilização da ideia de (in) capacidade de exercício de direitos, não se pode ignorar a capacidade que os jovens possuem, em inúmeras situações, de se regerem de forma autónoma, consciente e responsável.

A imposição de uma idade concreta como limite de uma incapacidade generalizada vai de encontro aos ideais de promoção e de valorização da criança e do adolescente como sujeitos titulares de direitos. Apesar do reconhecimento da autonomia dos jovens em diversas circunstâncias pelo legislador português, o certo é que em Portugal o adolescente tem a sua capacidade de exercício restringida até completarem dezoito anos de idade (art. 122.º, CC), sendo, então, suprida pelo exercício das responsabilidades parentais ou então pelo instituto da tutela (art. 124.º, 1921.º e seguintes, CC) de forma subsidiária.

¹⁹⁵ MOREIRA, Sónia, *A autonomia do menor no exercício dos seus direitos*, in *Scientia Iuridica*, n.º 291, tomo L, Braga, 2001, p. 161.

A incapacidade baseada na menoridade cessa, portanto, com o advento da maioridade civil, ao completar dezoito anos de vida, ou, ainda, ou da emancipação (art. 129.º e 132.º, CC). Assim, é possível afirmar que nem sempre a idade do jovem que ainda não tenha perfeito os dezoito anos será determinante para uma situação de incapacidade de exercício por menoridade, uma vez que há a hipótese legal do menor ser emancipado pelo casamento. A emancipação atribui ao menor plena capacidade de exercícios de direitos, habilitando-o a reger a sua pessoa e a dispor livremente dos seus bens como se fosse maior, consoante disposto no art. 133.º, CC.

Porém, é preciso compreender que a maioridade civil é um marco que atribui a plena capacidade de exercício de direitos ao jovem. Até alcança-la definitivamente, de forma plena e inquestionável, o jovem vai adquirindo, gradativamente, maior autonomia nas suas relações de acordo com o seu desenvolvimento e maturidade. Este carácter mutante é a principal dificuldade em se estabelecer critérios válidos para finalizar a incapacidade por menoridade que não seja o critério puramente cronológico.

Ademais, a própria idade determinada como divisa desta transição da menoridade para a maioridade dependerá do contexto social no qual está inserido aquele jovem e por certo que variará em cada cultura. Isabel Lázaro González afirma que “la fijación de la edad que determina el paso de la menor a la mayor de edad es fruto de un juicio de oportunidad contingente en función de las circunstancias de lugar y tiempo en que se manifiestan los muy diversos factores (alimentación, educación, configuración de la familia, sistema social de valores y creencias...) de los que depende la madurez –física, psicológica, social – de los individuos”¹⁹⁶.

Há somente dois sistemas de aferição da capacidade de exercício: um casuístico e outro genérico. O primeiro sistema, o casuístico, baseia-se na análise concreta das faculdades físicas, intelectuais, morais e emocionais de um determinado jovem. Toda a dificuldade da análise fez com que este método não conquistasse muitos adeptos.

No âmbito do segundo sistema, o genérico, o legislador estipula uma idade até a qual os jovens são considerados incapazes e pode se tratar de um sistema genérico rígido, no qual a idade é uma fronteira rígida entre a capacidade e a incapacidade, ou, ainda, de um sistema genérico gradual, fundamentada na ideia de que o desenvolvimento humano é evolutivo, contínuo, assim a aquisição da capacidade não acontece de forma absoluta e

¹⁹⁶ GONZÁLEZ, Isabel Lázaro, *Los menores en el derecho español*, Editora Tecnos, Madrid, 2002, p. 34.

estranque, mas acontece por fases, consoante o processo natural de amadurecimento do jovem. É perceptível se tratar do sistema de transição que melhor responde às peculiaridades do fenómeno a que se refere. Neste mesmo sentido se manifesta Rosa Martins ao advogar que a esta variante tem de ser reconhecida a vantagem de melhor se adaptar e adequar à realidade do desenvolvimento das faculdades físicas, intelectuais, morais e emocionais do ser humano. É de fato a que se revela mais próxima da realidade do processo de desenvolvimento da pessoa humana ¹⁹⁷.

A reforma civilística de 1977 consagrou no ordenamento jurídico português o modelo genérico de fixação da maioridade ao estabelecer o limite etário de dezoito anos para a aquisição da plena capacidade de exercício. Todavia a caracterização da variante respetiva a este modelo ainda desperta alguma dúvida.

Há autores que defendem se tratar categoricamente da variante rígida, uma vez que a passagem do menor ao estado de maior faz-se de modo automático assim que o sujeito perfizer os dezoito anos completos de vida. Se antes do seu décimo oitavo aniversário o adolescente é considerado pela ordem jurídica como menor, imediatamente após esse momento, é considerado maior. Há portanto uma divisão radical e artificial entre a menoridade e a maioridade ¹⁹⁸. Assim, a idade dos dezoito anos representa uma barreira imutável na transição entre a incapacidade e a capacidade de exercício, sem que se atente para as especificidades da personalidade do jovem em questão.

Todavia, Luís Carvalho Fernandes esclarece que o fato do legislador português não ter estabelecido escalões etários que se harmonizasse com a capacidade natural das crianças e dos adolescentes, não significa que não haja efetivamente previsões legislativas neste sentido. Embora a menoridade se mantenha até os dezoito anos, é possível identificar alguns momentos fundamentais que envolvem relevante modificação da situação jurídica do menor no que se refere a uma perda gradativa da incapacidade de agir, nomeadamente aos catorze e dezasseis anos. Assim, conclui o aludido autor, pode-se identificar o sistema português como um regime rígido mitigado ¹⁹⁹.

¹⁹⁷ MARTINS, Rosa, *Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2008., p. 29

¹⁹⁸ MARTINS, Rosa, *op cit.*, pp. 29-30.

¹⁹⁹ FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, 4ª edição, Editora LEX, Lisboa, 2007, pp. 250 – 251.

No mesmo sentido, Oliveira Ascensão²⁰⁰ defende que não há uma fratura rígida entre capacidade e incapacidade, e que a lei atende à evolução da capacidade natural do jovem e vai alargando pouco a pouco o grau da sua capacidade de agir.

Diante da grande dificuldade em se eleger um critério justo de atribuição de capacidade de exercício de direitos e que não comprometa a segurança jurídica da comunidade, a idade surge no processo de aferição da maturidade dos indivíduos como um elemento concreto materializador da experiência e consciência de cada um. O seu atributo de generalidade, ocorrendo da mesma forma a todas as pessoas, lhe caracteriza como um dos mais importantes elementos determinantes da situação jurídica dos indivíduos.

Ao funcionar como um dos elementos estruturantes da capacidade jurídica, a idade serve como fundamento inicial quando se pretende pensar na construção de zonas de autonomia para as crianças e adolescentes. Por certo que apenas a constatação isolada da idade não é elemento suficiente para se aferir a capacidade de autodeterminação do menor, a análise da sua maturidade se faz indispensável neste processo, até mesmo porque a capacidade natural do menor evolui de acordo com a sua faixa etária²⁰¹. Assim, é imperiosa a referência da idade cronológica quando se tratar da análise da autonomia da criança e do adolescente.

3.4. RESPONSABILIDADE PARENTAL

Diante da nova concepção jurídica que se consolida acerca da criança e do adolescente, encarados, agora, como sujeitos ativos dotados de progressiva autodeterminação no exercício de seus direitos, por certo é que a configuração das relações familiares entre pais e filhos não poderia restar imutável, indiferente a todas as transformações que a família tem sido alvo nas últimas décadas. Como a capacidade de exercício de direitos dos menores e o poder paternal, exercido pelos progenitores, deixaram de ser conceitos inertes para assumir uma concepção dinâmica e tornarem-se interdependentes, variando inversa e reciprocamente, tornou-se urgente que se repensasse

²⁰⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. I, 2ª edição, Coimbra editora, Coimbra, 2000, p.182.

²⁰¹ ALVES, Raul Guichard, Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação, p. 38, disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/menoridade.pdf, acesso em 10.09.2014.

as relações parentais de modo a alcançar uma situação de equilíbrio na comunidade familiar.

Com o passar dos anos, a proteção da família como centro de produção e reprodução de valores culturais, éticos, religiosos, políticos e económicos reduziu o seu monopólio, dando lugar à proteção jurídica da família como espaço de socialização dos filhos e de promoção da dignidade de seus membros²⁰².

A família atual abandona os moldes autoritários da sujeição paterna que caracterizava, até então, a família tradicional, alicerçada numa base patriarcal e hierarquicamente bem definida, para ostentar uma postura mais igualitária, fundada em valores democráticos e que se assume como palco para a realização e felicidade dos seus membros. E, imersa neste processo, a criança passa a ser vista, e tratada, como verdadeira titular de direitos fundamentais, dotada de graus de autonomia de acordo com a sua situação de ser humano em desenvolvimento.

Segundo o entendimento de Cunha Gonçalves, o qual ainda permanece assaz atual, “o poder paternal é uma instituição que tem o seu fundamento, a um tempo, nas leis da natureza e na longa tradição histórica. Sob o primeiro aspeto, pode dizer-se que nenhum animal carece, por tanto tempo, de auxílio e de vigilância dos pais como o homem. Por isso, este instituto é nas legislações modernas estabelecido, não para vantagem dos pais, mas no interesse e proveito dos filhos; e, como na instrução e educação dos cidadãos muito importam à conservação e ao progresso da sociedade, pode dizer-se que o poder paternal é uma função, ao mesmo tempo, privada e pública, sendo os direitos dos pais uma consequência dos graves deveres que lhe impedem (...)”²⁰³.

Pois, ainda que se reconheça a aquisição contínua de conhecimentos e experiências pelas crianças, a sua vulnerabilidade durante as primeiras fases da vida é incontornável, pelo que o acompanhamento, orientação e proteção parentais são também indispensáveis ao seu desenvolvimento saudável. A autonomia da criança e o exercício das responsabilidades parentais devem estar sempre em harmonia, funcionando como uma espécie de corrente de direitos e deveres recíprocos, para que se permita que o menor se torne capaz de gerir a própria vida futuramente.

²⁰² COELHO, F. M. Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito de Família*, vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 101.

²⁰³ GONÇALVES, Luiz da Cunha, *Tratado de Direito Civil em comentários ao Código Civil português*, vol. II, Coimbra Editora, 1930, p. 346.

Ao longo de todas estas modificações sociais, foi necessário que o legislador português adequasse minimamente as normas reguladoras das responsabilidades parentais de modo a compatibilizá-las com a realidade social de Portugal. Assim, em 1867 o regime de exercício do poder paternal era manifestamente desigual e privilegiava a autoridade masculina, uma vez que o Código de Seabra, embora atribuísse o poder paternal a ambos os progenitores, estabelecendo em seu artigo 137.º, que competia aos pais reger as pessoas dos filhos menores, protegê-los e administrar os seus bens, permitia apenas que o poder paternal fosse exercido tão-somente pelo pai. Cabendo à mãe unicamente o poder de participação, disposto no artigo 138.º, prerrogativa de ser ouvida quanto a tudo que dissesse respeito ao interesse da prole, enquanto que ao pai competia, como chefe de família, representar, conduzir e defender seus filhos menores. Somente em hipótese de ausência, ou de outro impedimento do pai, é que a mãe poderia o substituir, conforme artigo 139.º.

Deve-se ter em conta que o Código de Seabra refletia os valores da sociedade portuguesa da altura, contudo, é inegável a importância que este diploma teve no processo de construção do poder paternal como um poder-dever, ao dispor no seu artigo 140.º, a obrigação dos pais em prestar aos seus filhos os alimentos necessários e ocupação conveniente, conforme as suas posses e estado. Além de introduzir, no art. 141.º, a possibilidade de punição dos pais em caso de abuso do poder paternal e a hipótese de inibição do seu exercício, o que significou um verdadeiro avanço legislativo para a época.

O Código Civil de 1966 consagrou orientação semelhante ao manter a mesma estrutura autoritária tradicional do poder paternal. Todavia, a Constituição portuguesa de 1976 consagra uma nova conceção de família na qual a autoridade justa e estável dos pais passou a ser fomentada pela solidariedade, mútuo respeito e igualdade entre todos os seus membros. Diante deste novo modelo familiar, a ideia do poder paternal como poder-sujeição torna-se inadmissível.

Na sequência da Revolução de Abril, o Decreto-Lei n.º 496/77, de 15 de Novembro, promoveu a Reforma do Código Civil, responsável por destituir o instituto do poder paternal do seu cariz autoritário, ao passo em que lhe atribuiu a função de responsabilidade verdadeiramente paternal e fixou deveres recíprocos que pais e filhos devem atender nas suas relações entre si: respeito, assistência e auxílio ²⁰⁴. O poder

²⁰⁴ Artigo 1874.º do Código Civil de 1977.

paternal abandona, assim, o seu aspeto de império dos pais sobre os filhos, para se tornar efetivo meio de suprimento da incapacidade de exercício de direitos dos menores, a ser realizado, invariavelmente, no interesse da criança, sua verdadeira função e objetivo.

Logo, altera-se também a sua própria denominação, deixa de ser “poder paternal”, termo que se torna inadequado por exprimir o falso sentido de poder-sujeição, para passar a ser denominado como “responsabilidade parental”²⁰⁵. Como defendem Helena Boliero e Paulo Guerra, “o termo «responsabilidades parentais» traduz melhor a ideia de que os pais, em absoluto pé de igualdade e em razoável concertação com o filho «menor», se encontram investidos de uma missão de prossecução dos interesses deste, sentindo-se ambos responsáveis e implicados pelo seu bem-estar, exercendo para o efeito, poderes legalmente conferidos”²⁰⁶.

A Reforma de 1977 consagrou o princípio da igualdade dos cônjuges, estabelecendo que a responsabilidade parental deve ser exercida igualmente por ambos os progenitores; o princípio do exercício participado da autoridade familiar ao determinar em seu artigo 1878.º, n.º 2, que os pais devem ter em consideração a opinião dos filhos, de acordo com o seu grau de maturidade, nos assuntos familiares importantes e que lhes conceda autonomia na organização da própria vida

O artigo 1901.º, n.º 2, do Código Civil, por sua vez, determina a oitiva do filho maior de catorze anos sempre que for requerida a intervenção do tribunal em razão de desacordo dos pais relativo a assuntos de particular importância. Procura-se, assim, incluir o menor nos processos de tomada de decisão acerca de assuntos que lhe dizem diretamente respeito, permitindo participação na vida familiar e, conseqüentemente, a sua tomada de consciência quanto aos acontecimentos da vida.

Se antes as responsabilidades parentais eram exercidas livremente, a nova legislação lhe atribui um enfoque muito mais utilitarista, cujo exercício estará vinculado à promoção dos interesses do menor com a finalidade maior do seu desenvolvimento completo. Logo, não mais se admite que os pais se abstenham de desempenhar as funções que lhes competem, que sejam negligentes no processo de educação e zelo da prole, sob

²⁰⁵ Martins, Rosa, em *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2008, pp. 227 – 237, defende a designação “cuidados parentais” para substituir o tradicional “poder paternal”.

²⁰⁶ Boliero, Helena e Guerra, Paulo, *A Criança..., op. cit.*, p. 155

pena de ser-lhes retirado, ou limitado, o exercício da responsabilidade parental por decisão judicial. Esta hipótese demonstra a legalmente concedida aos interesses da infância²⁰⁷.

A Constituição da República Portuguesa em seu artigo 69.º, ressalta o direito das crianças à proteção da sociedade e do Estado contra todas as formas de abandono, opressão e abuso de autoridade, seja por parte da família ou de instituições, hipóteses que autorizam a restrição, ou apenas a limitação, do exercício das responsabilidades parentais por descumprimento de seus deveres fundamentais para com os filhos menores, conforme disposto no artigo 36.º, nº 6.

As responsabilidades parentais, enquanto efeito automático e indisponível da filiação²⁰⁸, devem ser invariavelmente exercidas no benefício e interesse das crianças, pelo que se trata de um poder essencialmente funcional. No entanto, a eleição de um conceito indeterminado, para o qual inexistente, e nem poderia existir, uma definição legal, como finalidade máxima do exercício das responsabilidades parentais cria dificuldades práticas difíceis de serem superadas quando se discute acerca dos limites e abusos deste poder-dever.

Nesse sentido, deveras valioso é o ensinamento de Almiro Rodrigues Simões ao afirmar que “o respeito pelo interesse do menor passa necessariamente pela definição de um direito do menor em que sejam considerados os diferentes estágios do seu desenvolvimento e as consequentes capacidades de que vai dispondo, por exemplo, a de informação e expressão”²⁰⁹. Portanto, um conceito concreto do melhor interesse do menor facilmente mostrar-se-ia incapaz de atender às diferentes necessidades experimentadas por uma criança durante o seu processo de desenvolvimento rumo à maioridade, tendo um efeito desastroso perante a prática jurídica.

A opção legislativa de não definir o conceito de superior interesse da criança visa, sobretudo, garantir que a norma possa enquadrar-se às mais variadas situações da vida, adequando-se, ao máximo, à complexidade sociocultural contemporânea e à inerente

²⁰⁷ “Se é verdade que o Estado e terceiros têm um dever geral de abstenção quanto ao exercício do poder paternal, respeitando, deste modo, um dos aspetos mais importantes da intimidade da vida familiar, também é certo que o Estado e a sociedade não podem cruzar os braços, fechar os olhos e ignorar o sofrimento e a violação dos direitos de tantas crianças e jovens, mesmo no âmbito da vida familiar” – MOREIRA, Sónia, *A Autonomia do Menor no Exercício dos seus Direitos*, Scientia Iuridica, Tomo 50, nº 291, ano 2001, pp. 167.

²⁰⁸ Por constituir uma das bases da família, as responsabilidades parentais possuem características de ordem pública e são intransmissíveis, conforme artigo 1882.º do CC. Única hipótese de renúncia à titularidade das responsabilidades parentais é a adoção.

²⁰⁹ SIMÕES, Almiro Rodrigues, *Interesse do Menor (Contributo para uma definição)*, Revista Infância e Juventude, nº 1, Janeiro – Março de 1985, p. 20.

pluralidade da vida. É neste sentido que Hughes Fulcheron afirma que “o interesse da criança não é um fim em si mesmo, mas um instrumento operacional cuja utilização é confiada ao juiz”²¹⁰. Assim sendo, a definição para o melhor interesse da criança somente pode ser alcançada em consequência de uma análise casuística e somente será válida para determinada criança, inserida em um contexto específico.

Conclui-se, portanto, que a razão de ser da responsabilidade parental é preparar os menores para que um dia estes possam reger as suas pessoas e dispor de seus bens, para tanto, devem os pais proporcionar as melhores condições possíveis para o desenvolvimento individual e cívico dos seus filhos.

Sendo um poder conferido na medida do necessário para a proteção da infância, a responsabilidade parental vai diminuindo gradativamente à medida que a criança desenvolve-se física e emocionalmente, rumo à fase adulta.

3.5. EXCEÇÕES À INCAPACIDADE DOS MENORES

O menor²¹¹ carece de capacidade para o exercício de direitos, conforme artigo 123.º do atual Código Civil²¹², o que significa que não estão habilitados a reger as suas pessoas e a dispor de seus bens, logo, a incapacidade da qual padecem é geral. Assim, os atos praticados por um menor são anuláveis nos termos do artigo 125.º do CC.

A incapacidade de exercício pode ser suprida por meios de proteção do incapaz que vão da representação legal à assistência, tendo optado a ordem jurídica portuguesa pelo instituto da representação legal como forma de suprimento da incapacidade por menoridade (art. 124.º do CC), sendo os representantes legais, em primeiro lugar, os progenitores, detentores da responsabilidade parental por excelência, de acordo com o disposto no artigo 1877.º e seguintes, e, subsidiariamente, o tutor, consoante o artigo 1921.º, CC. Se assim não fosse e não houvesse nenhuma forma de suprimento da incapacidade de agir das crianças e adolescentes, estes ficariam completamente impossibilitados de participarem no tráfego jurídico.

²¹⁰ FULCHERON, Hughes, em “*Autorité Parentale et Parents Désunis*”, Editions du CNRS, 1985, p. 36.

²¹¹ Aquele que, nos termos do artigo 122.º do CC, não tiver completado dezoito anos de idade.

²¹² O aludido artigo determina, ainda, que a incapacidade dos menores perdura “salvo disposição em contrário”, dentre as quais costumam-se apontar o art. 127.º (exceções à incapacidade dos menores), a alínea a) do art. 1601.º (capacidade para contrair casamento) e o art. 1850.º (capacidade para perfilhar).

O poder de representação, por sua vez, compreende o exercício dos direitos e cumprimento das obrigações de titularidade da criança representada, excetuando-se apenas os atos puramente formais, os quais o menor tem o direito dele próprio praticar pessoalmente, e os atos referentes a bens cuja administração não se encontre a cargo dos pais, consoante estabelecido pelo art. 1881.º, n.º 1, CC.

Assim, não podendo o menor exercer por si os direitos dos quais é titular, será substituído neste exercício pelo seu representante legal, geralmente seus progenitores, que tomarão decisões em seu nome para o beneficiar, em prol do seu legítimo interesse, até a aquisição da capacidade de exercício por advento da maioridade ou de alguma das causas de emancipação, quando a lei civil portuguesa considera haver o discernimento suficiente para que os indivíduos tornem-se aptos a reger a sua pessoa e dispor de seus bens, estando, desta forma, aptos a participar no tráfego jurídico geral.

O modelo da representação legal desperta alguns cuidados porque se trata de um regime que se adequa na perfeição à tradicional conceção da total incapacidade de exercício de direitos dos menores. Quando em verdade esta é uma realidade não tão pacífica como era dantes, as crianças e os adolescentes amadurem cada vez mais cedo, o reconhecimento da autonomia progressiva dos jovens e do direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade parecem ir de encontro com o regime da representação legal, cuja gênese funda-se na própria negação da autodeterminação dos jovens.

Criou-se perante este modelo de supressão da incapacidade dos jovens um fosso entre a ordem jurídica vigente e a realidade social na qual ela deveria se basear. Por outro lado, a adoção do modelo da assistência, no qual o menor ganha protagonismo na qualidade de assistido, enquanto o assistente o auxilia, aconselhando-o ou confirmando a sua atuação, apesar de assegurar o desenvolvimento progressivo do menor, também não soluciona todos os problemas, uma vez que já exige um certo amadurecimento do menor, um grau de discernimento crítico que o autorize a assumir o controle dos seus atos.

Assim, o caminho parece mesmo ser a junção dos modelos da assistência e da representação legal para que assim se possa responder da melhor forma diante dos variados graus de limitação da capacidade de exercício de direitos dos jovens ao longo da

menoridade, originando um sistema misto consoante à própria variabilidade do conceito da menoridade, a exemplo do qual foi consagrado no ordenamento brasileiro ²¹³.

Voltando ao sistema vigente em Portugal, o maior problema da representação legal é que em muitos casos o jovem já possui condições psíquicas, maturidade e consciência, suficientes para entender as circunstâncias que a vida lhe apresenta e se posicionar da melhor forma perante as adversidades, mesmo antes de alcançar a maioridade civil, ou seja, antes de completar os dezoito anos de idade. Tendo em vista esta possibilidade é que o Código Civil, no seu artigo 127.º, prevê algumas exceções à incapacidade dos menores. Trata-se de hipóteses de concessão de capacidade de exercício ao menor em consonância com a sua capacidade natural, desde que observados alguns requisitos exigidos pela lei.

Se por um lado o artigo representa um importante avanço no reconhecimento à autonomia progressiva do jovem, por outro deixa escapar a oportunidade de regular utilitariamente as esferas de autonomia da criança e do adolescente devem ir adquirindo de acordo com a sua capacidade de autodeterminação. O artigo em referência acaba por ter uma aplicação mínima, uma vez que as hipóteses contempladas pelo legislador são tão severas que acabam mesmo por desconsiderar a maior parte das relações travadas pelos menores nos dias de hoje.

Em defesa do carácter restritivo da norma surge uma teoria de justificação legislativa sustentada em dois argumentos principais. O primeiro deles diz respeito à impossibilidade de averiguação casuística do discernimento de um eventual menor acerca das consequências jurídicas e económicas dos seus atos. Enquanto o segundo argumento gravita em torno da ideia de necessidade de proteção tanto do menor, como da própria ordem jurídica, isto porque a criança, devido à imaturidade e inexperiência, características inerentes à infância, pode criar para si uma situação gravosa de prejuízo e dano.

Segundo Sónia Moreira, “ainda que o pudéssemos proteger através de um controlo *a posteriori*, nomeadamente, através do regime da falta e vícios da vontade, ou através do regime da incapacidade acidental, tal proteção poderia ser de difícil concretização na prática (...), sem falar nas consequências nefastas de tal sistema no

²¹³ No Brasil, o menor ao atingir os dezasseis anos, deixa de ser absolutamente incapaz para ser titular de uma incapacidade relativa. Assim, o instituto da assistência sucede à representação legal quando o adolescente perfizer dezasseis anos de idade, tornando-se habilitado a praticar atos da vida civil desde que devidamente assistido para tanto, cfr. art. 1634.º, V, do Código Civil Brasileiro.

tráfico jurídico negocial, na insegurança jurídica que seria sentida. Quem quereria contratar com um menor, desconhecendo, à partida, se o ato não poderia vir a ser invalidado?”²¹⁴.

Voltando à questão da representação legal, é certo que o seu limite por excelência será sempre proteção dos interesses e persecução do maior benefício do representado. Assim, é defensável que o exercício da representação legal varie de acordo com o grau de maturidade do menor, de modo que quanto maior esta maturidade for, menor ingerência devem ter os representantes legais, via de regra os pais, na tomada de decisões que digam respeito ao representado, salvaguardado, por óbvio, o poder de aconselhamento e orientação dos pais, que estes parecem mesmo ser vitalícios.

Pode-se concluir, portanto, que a atuação dos pais enquanto representantes legais dos seus filhos menores sujeita-se aos apertados limites do princípio da estrita necessidade. O artigo 1881.º, n.º 1 do CC determina que o poder de representação compreende o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho, excetuados os atos puramente pessoais, aqueles que o menor tem o direito de praticar pessoal e livremente²¹⁵ e os atos respeitantes a bens cuja administração não pertença aos pais.

A consideração do legislador civilístico acerca das exceções ao âmbito de exercício do poder de representação dos pais, demonstra a sua consideração de que o menor possui uma capacidade de exercício de direitos limitada, em vez de uma incapacidade absoluta de exercício. Assim sendo, é desejável que ao menor seja permitido a realização de determinados atos que sejam compatíveis com o seu grau de desenvolvimento.

A primeira hipótese de exclusão, portanto, alude aos atos relativos aos direitos de personalidade, que pela sua natureza essencialmente pessoal, só podem ser praticados pelo seu titular. Apesar de justificável do ponto de vista da salvaguarda do carácter pessoalíssimo destes direitos, esta é uma exceção que não pode ser entendida como absoluta, mas antes vista através da ótica do superior interesse da criança e do adolescente, de modo a se garantir ao máximo a proteção aos direitos fundamentais da infância. Até mesmo porque, se assim não fosse, a responsabilidade parental de velar pelos interesses dos filhos menores estaria irremediavelmente empecilhada.

²¹⁴ MOREIRA, Sónia, *A autonomia do menor no exercício de seus direitos*, in *Scientia Iuridica*, n.º 291, tomo L, Braga, 2001, p. 161.

²¹⁵ Artigo 127.º, n.º 1, CC.

Sendo o consentimento, ou dissentimento, para um determinado tratamento médico, um ato pessoalíssimo, uma análise simplista do disposto no art. 1881.º, n.º 1, CC acabaria por considerá-los como não incluídos no rol de prerrogativas respetivas às responsabilidades parentais. Esta interpretação por certo que estaria na origem de graves prejuízos para a saúde e bem-estar do menor quando este ainda não reunisse maturidade suficiente para decidir autonomamente. Logo, nem sempre a natureza pessoalíssima de determinados direitos devem configurar exceção ao exercício das responsabilidades parentais, sob pena de legitimar-se, assim, afrontas ao superior interesse das crianças.

Deste modo, importante frisar, não deve a natureza de ato puramente pessoal do consentimento afastar o cumprimento do poder de representação. Até mesmo porque é no exercício da representação legal que os pais contratam a prestação de serviços de saúde para os filhos menores e podem consentir ou dissentir na submissão a intervenções médico-cirúrgicas, enquanto o jovem ainda não apresentar a capacidade psicológica necessária para decidir por si.

Ainda no âmbito do art. 1881.º, n.º 1, CC, a sua segunda hipótese de exclusão refere-se a todos os atos que possam, por direito, ser livremente praticados pelo menor. Então, trata-se de atos cujo exercício pelo menor é considerado excepcionalmente válido por qualquer disposição legal. Assim, por força do artigo 38.º, n.º 3, do Código Penal, será válido o consentimento do menor com idade igual ou superior a 16 anos para um determinado tratamento médico ou intervenção cirúrgica, ainda que desprovido da anuência dos seus pais, desde que demonstre ter discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance da sua aquiescência.

Portanto, no que se refere aos adolescentes com idade igual ou superior a dezasseis anos, o legislador já lhes reconheceu a possibilidade de gozarem de maturidade suficiente para compreender as informações atinentes ao seu estado de saúde e decidir acerca da anuência ou recusa em ser submetido a determinada terapêutica. Assim, desde que possuam o discernimento necessário, a partir dos dezasseis anos estão os adolescentes plenamente habilitados a prestar, ou não, o seu consentimento em matéria de saúde, excetuando-se assim esta prerrogativa do poder de representação dos seus pais.

Como já dito no presente trabalho, o reconhecimento da eficácia jurídica do consentimento prestado pelo jovem a partir dos dezasseis anos de idade é reflexo do reconhecimento da sua capacidade de exercer alguns direitos. Em contrapartida, o sistema

que vigora em Portugal para suprir a incapacidade das crianças e adolescentes é o da representação legal, originariamente criado como solução aos problemas suscitados pela conceção da total incapacidade de exercício de direitos dos menores e, portanto, desconsidera a sua assunção progressiva de capacidade de agir.

3.6. A AUTONOMIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Atualmente falar de autonomia do menor já não desperta a estranheza de tempos atrás, a cada vez mais precoce capacidade de autodeterminação dos jovens é, hoje, uma realidade a qual o direito não pode, nem deve, ignorar. Tanto que o ordenamento jurídico português já poder consagrou o poder atribuído ao menor de regular as relações nas quais participa com base na sua própria vontade e em função do seu grau de maturidade e discernimento, respaldado pelos artigos 1878.º, n.º 2 e 127.º, ambos do Código Civil.

É importante que se diga que o reconhecimento do direito de participação e da autonomia dos jovens não implica necessariamente na obrigatoriedade de decisão do menor em relação ao que quer que seja, muito menos tem o intuito de restringir a autoridade dos pais sobre os seus filhos, antes pretende conscientizar a sociedade que a criança e o adolescente devem ter a liberdade de expressar o que pensam e de ter a sua opinião levada em consideração.

Assim, no que diz respeito à função/dever de promover o desenvolvimento cognitivo dos filhos, o cerne da responsabilidade parental é de fato o dever de orientação e de direção dos pais, estes devem fomentar o saudável crescimento intelectual dos menores, encorajar uma postura de tomada de decisões compatíveis com o seu discernimento e ofertar condições no âmbito familiar para que os jovens possam tornar-se capaz de autogerirem-se.

Mas para que assim seja, é imprescindível que o papel assumido pelas responsabilidades parentais seja, na medida do possível, um papel secundário, residual, limitado às circunstâncias nas quais o menor não se sinta confortável ou não tenha amadurecimento cognitivo suficiente para compreender corretamente todas as consequências possíveis da sua decisão, ou ainda quando a sua omissão possa provocar qualquer prejuízo, seja aos direitos do menor ou à esfera jurídica de terceiros.

Quando se trata da atribuição de direitos às crianças e aos adolescentes, duas posições doutrinárias antagônicas dão o tom do debate. De um lado os defensores de uma perspectiva autonomista defendem a capacidade dos menores de ajuizar racionalmente os seus interesses e fazer escolhas conscientes, pelo que a sua autonomia, na verdade, seria um direito e não uma concessão ²¹⁶.

Na outra extremidade, os paternalistas defendem que a criança não é racionalmente capaz de autodeterminarem-se ajuizadamente por falta de discernimento e experiência, e, portanto, não podem exercer autonomamente os seus direitos até o advento da maioridade civil.

Deste modo, para os defensores da teoria paternalista, a negação dos direitos de participação aos jovens nada mais seria do que uma manobra de proteção da própria infância frente a sua suposta incapacidade e vulnerabilidade ²¹⁷. Todavia, o resultado da fiel aplicação dos preceitos paternalistas acabaria por resultar em uma geração que alcançaria a maioridade completamente despreparada para a vida adulta, uma vez que o processo de desenvolvimento crítico e tomada de consciência nunca fora iniciado em nome de uma suposta proteção que para nada servira.

Ademais, a titularidade de um direito específico não implica, necessariamente, a obrigação de realizá-lo de modo impecável, pelo que o direito de participação do menor não pode ser restringido em razão da possibilidade dele não o exercer da forma mais correta.

Por mais compreensíveis que os argumentos da perspectiva paternalista possam parecer para alguns, o fato é que o debate autonomista x paternalista já está irremediavelmente ultrapassado na ordem jurídica portuguesa, que optou por reconhecer a autonomia do menor no exercício dos seus direitos, principalmente após a Reforma de 1977, que antecipou a maioridade civil para os dezoito anos ²¹⁸, substituiu o autoritarismo no âmbito familiar por uma conceção solidária de família, baseada no mútuo respeito entre

²¹⁶ MOREIRA, Sónia, op. cit., p. 178.

²¹⁷ MOREIRA, Sónia, op. cit. 178 e SOARES, Natália Fernandes, *Direitos da Criança: utopia ou realidade*, in Revista Infância e Juventude, n.º 4, Outubro – Dezembro, 1997, p. 122.

²¹⁸ No preâmbulo do Decreto-Lei nº 496/77 de 25 de Novembro, o legislador assume expressamente ter-se baseado na solução legislativa adotada pela maioria dos países do Leste Europeu para reduzir a idade da maioridade civil, afirmando que “ na base desta opção, está o reconhecimento de que os jovens se acham hoje sujeitos a um mais rápido processo de desenvolvimento psíquico e cultural. Reivindicaram – e obtiveram já, em alguns setores – uma autonomia a que deve corresponder a inerente responsabilidade, em http://www.dgpj.mj.pt/DGPJ/sections/leisdajustica/pdfleis2/dl4961977/downloadFile/file/DL_496_1977.pdf?nocache=1182361322.47

pais e filhos (art. 1874.º, n.º 1, CC) ²¹⁹, além de consagrar legalmente o direito à palavra e de participação dos menores (art. 1878.º, n.º 2; art. 1901.º, n.º 2; e art. 1984.º, todos do Código Civil), assim como a sua excecional capacidade para o exercício dos direitos elencados pelo art. 127.º, CC, para adquirir por usucapião (art. 1289.º, n.º 2) e para adquirir posse (art. 1266.º, CC).

Nas palavras de Sónia Moreira, “negar-lhes essa possibilidade (de ajuizar racionalmente os seus interesses) utilizando como argumento a sua falta de experiência é um erro, visto que a criança nunca poderá, então, ganhar experiência, uma vez que o processo de decisão nunca se poderá iniciar. Além disso, esta perspetiva lembra que ter o direito de fazer algo não implica ter o dever de fazer corretamente. Agem os adultos sempre corretamente? Em suma, possuindo capacidade para decidir porque não poderá a criança fazê-lo?” ²²⁰.

Conquanto, há que se ter em vista que o reconhecimento do direito de participação das crianças não se confunde com a questão da aplicação efetiva deste mesmo direito, do mesmo modo que o direito de participar não implica o direito de decidir por si. Por isso é que Moitinho de Almeida considera o art. 1878.º, n.º 2, CC, “uma norma de efeitos meramente pedagógicos” que reflete a ideia de família norteadora da Reforma de 1977 ²²¹. Enquanto que, para Guilherme de Oliveira, o referido preceito, apesar de ser uma “atitude de princípio saudável, com um alto valor pedagógico”, não deixa de ter “um efeito prático discreto” ²²².

Antunes Varela, por sua vez, embora elogie o conteúdo do artigo 1878.º, n.º 2, CC, ao determinar a oitiva dos menores quanto aos assuntos familiares importantes, critica o seu desfecho por considerar que conceder autonomia ao menor na organização da sua vida não implica “a independência do filho menor na organização da própria vida e o correlativo dever de os pais a reconhecerem” ²²³.

²¹⁹ OLIVEIRA, Guilherme, *Proteção do Menor. Proteção Familiar, Temas de Direito de Família*, 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 273. Para o autor, o dever de mútuo respeito entre pais e filhos representa uma verdadeira revolução no modo de entender as relações familiares, considerando a tradição secular que, apenas aos filhos, recaia o dever de respeitar os pais.

²²⁰ MOREIRA, Sónia, *op. cit.*, p. 178.

²²¹ ALMEIDA, José Carlos Moitinho de, *Efeitos da Filiação*, in AAVV, *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Lisboa, Livraria Petrony, 1981, p. 146.

²²² OLIVEIRA, Guilherme, *op. cit.*, p. 197.

²²³ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 333 e 334.

Forçoso concluir, portanto, que a assunção exclusiva de qualquer uma das duas posições doutrinárias acerca da autonomia dos jovens é insuficiente e perigosa, porque da mesma forma que a vulnerabilidade da criança a sujeita a malefícios se a mesma não for corretamente orientada por seus representantes legais, o prolongamento excessivo da dependência dos pais, assim como a superproteção, podem provocar danos irreparáveis ao desenvolvimento psíquico do jovem, cuja personalidade ainda está em formação.

Se a completa submissão dos filhos à autoridade familiar resta ultrapassado nos nossos dias, também não podemos admitir que agora se construa um império da autonomia da criança. O reconhecimento das esferas de autodeterminação da criança e do adolescente não pode conduzir a um individualismo exacerbado que se sobrepõem às perspectivas familiares. Os filhos são membros de um núcleo familiar no qual, em princípio, compete aos pais a função de orientar e de educar a criança durante a sua menoridade ²²⁴. Então, na ausência de soluções prontas, estanques, vê-se que cada vez mais é o equilíbrio entre a autoridade paternal e autodeterminação do menor que melhor responde aos anseios legítimos dos pais e dos jovens.

O desenvolvimento da criança vai gradativamente proporcionando uma crescente assunção de novas capacidades e responsabilidades, esta dinâmica de autonomia progressiva é variável a cada menor, uma vez que o momento de tomada de consciência acerca de determinado assunto não pode ser determinado de forma rígida, estática, mas atrelada à análise das circunstâncias reais da vivência de cada criança.

Pode-se afirmar que o ordenamento jurídico português vem consagrando importantes zonas de autodeterminação pessoal aos jovens. Assim, ao adolescente com mais de dezasseis anos é permitido contrair matrimónio, desde que autorizado pelos pais detentores de poder paternal ou, se for o caso, pelo tutor, conforme estabelecido pelo art. 1612.º, n.º 1, do Código Civil. Porém, ainda há a possibilidade do conservador do registo civil suprir a autorização exigida desde que haja justificativa plausível para a celebração do casamento e o menor demonstre ter maturidade suficiente. O menor emancipado pelo casamento passa a ter capacidade testamentária e poderá elaborar um testamento válido, de acordo com o art. 2189.º, alínea a, CC.

²²⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a Reforma de 1977 - Direito da Família e das Sucessões*, In *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, pp. 136-137.

A partir dos dezasseis anos, o adolescente adquire capacidade para perfiar (art. 1850.º, n.º 1, CC), convocar o conselho de família (art. 1957.º, n.º 1, CC) e usucapir (art. 1289.º, n.º 1 e 2, CC).

O legislador penalista também reconheceu a autonomia do adolescente maior de dezasseis anos ao lhe atribuir capacidade para consentir com a prática de atos sexuais, afastando a sua ilicitude, conforme art. 174.º, do Código Penal, e para prestar queixa, nas hipóteses nas quais o procedimento criminal a exija (art. 113.º, n.º 3, CP). Ademais, à criança e ao adolescente é consentida capacidade para depor na condição de testemunha no âmbito de processos cíveis, de acordo com o art. 616.º do Código de Processo Civil, e criminais, consoante art. 349.º do Código de Processo Penal.

Assim, dentro de todas as novas esferas de autonomia da criança e do adolescente recentemente consolidadas, o presente trabalho concederá exclusividade à análise do direito à opinião, à liberdade religiosa e ao acesso a cuidados de saúde, por considerá-los indispensáveis à compreensão que aqui se almeja alcançar no que se refere à legitimidade do menor para formular uma declaração antecipada de vontade.

3.6.1. DIREITO À PALAVRA

Dentre as zonas de autonomia pessoal atribuídas às crianças e aos adolescentes, destaca-se o direito de exprimir livremente a sua opinião e de tê-la tomada em consideração sempre que se reconheça a maturidade suficiente para tanto. É inegável ser o direito à palavra uma forma legítima de expressar e desenvolver a autonomia dos jovens, portanto, reveste-se de suma importância o disposto no art. 1878.º, n.º 2, CC, que ao impor aos pais o dever de ter em conta a opinião dos filhos nos assuntos familiares importantes, consagra-se como lastro deste mesmo direito ao evidenciar o seu protagonismo, previsto na subseção dos princípios gerais das responsabilidades parentais.

A titularidade do menor ao direito à palavra é também garantida em outras normas do Código Civil Português, como o artigo 1901.º, n.º 3, que estabelece a oitiva do filho em hipótese de desacordo dos pais quanto à questão de avultada importância e o tribunal convocado para dirimir o conflito não os conseguir conciliar. O artigo 1931.º, n.º 2, do CC., por sua vez, determina que o tribunal tome em consideração a opinião do maior de catorze anos antes de proceder à nomeação do seu tutor. Já o artigo 1984.º, alínea a), CC., dispõe

acerca da obrigatoriedade da criança maior de doze anos ser ouvida em tribunal caso os seus pais pretendam adotar uma criança. Seguindo o mesmo raciocínio, o legislador considerou indispensável o consentimento do maior de doze anos para que se constitua o vínculo adotivo, conforme artigo 1981.º, n.º 1, alínea a), CC ²²⁵.

O artigo 12 da Convenção sobre os Direitos das Crianças garante à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração, de acordo com a sua idade e maturidade. Assim, quem tiver o menor a seu cargo, deve escutar a sua opinião e procurar concretizar o seu melhor interesse.

Para tanto, é assegurado ao menor ser ouvido em qualquer processo judicial ou administrativo que lhe diga respeito. Nesse sentido, o artigo 175.º da Organização Tutelar de Menores, DL n.º 314/78, de 27 de Outubro, que estabelece o processo de regulação das responsabilidades parentais, permite que o juiz autorize a participação da criança, de acordo com a sua idade e maturidade, na audiência em que tenta promover o acordo entre os pais.

O direito da criança de expressar a sua opinião e ser ouvida encontra-se em consonância com a tendência da evolução do direito dos menores manifestada na Lei Tutelar Educativa e na Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo, as quais reconhecem a criança como titular de direitos fundamentais, os quais devem ser respeitados ao nível do processo tutelar educativo e tutelar civil ²²⁶.

Porém, é cedo o quão difícil pode se tornar a referida oitiva. As crianças e adolescentes são, muitas vezes, seres reticentes, que precisam de uma relação mínima de confiança para se sentirem à vontade o suficiente a ponto de partilhar suas opiniões, preocupações e anseios. A sua audição não deve se assemelhar a um interrogatório, pautado em perguntas e respostas porque se assim for, muito provavelmente o seu resultado será o insucesso, e sim a uma conversa amigável. Caberá ao ouvinte interpretar o discurso, baseado nas circunstâncias, experiências e própria personalidade do menor, acerca dos quais convém ter conhecimento prévio para que seja possível descodificar o

²²⁵ Frise-se que os pais do adotando, ainda que menores de idade e mesmo que não exerçam o poder paternal, devem consentir na adoção, por força do art. 1981.º, n.º 1, alínea c), CC.

²²⁶ MARTINS, Rosa, *Processos de Jurisdição voluntária. Ações de regulação do poder paternal. Audiência do menor*, in BFD, vol. LXXVII, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 740 – 741.

verdadeiro significados das suas palavras, e, por óbvio, nem sempre será possível reconhecer de fato quais as percepções e desejos das crianças.

Assim, a importância a ser concedida à oitiva da criança e o valor das suas declarações deverão ser consideradas na mesma medida da sua maturidade. Deve-se apreciar, inclusive, o grau de amadurecimento como fator mais relevante que a própria idade no processo de valoração da opinião emitida pelo menor, apesar de se considerar que, via de regra, estas são duas perspectivas do mesmo fenómeno, a tomada de consciência, e que portanto encontram-se atreladas e indissociáveis.

De todo modo, é comum os textos legais fixarem escalões etários permissivos de atividades com validade jurídica, atrelando a valoração da opinião emitida por um menor à consideração da sua idade. Contudo, apesar do critério cronológico simplificar o processo de validação da capacidade jurídica das crianças e adolescentes para o exercício de certos direitos, não se trata de um critério capaz de solucionar todas as celeumas que a presente questão suscita. Assim, o legislador português tem optado cada vez mais pelo critério do discernimento e maturidade do menor, averiguados casuisticamente. Diogo Leite Campos diz-nos que a maioridade se adquire, de facto e de direito, cada vez mais cedo e que, em muitos aspetos, “o respeito pela pessoa humana leva a que esta maioridade seja natural, não dependendo da idade”²²⁷.

Deste modo, todos os dispositivos legais que aqui possam ser invocados para que se reconheça a legitimidade do direito à palavra das crianças e dos adolescentes, visam, sobretudo, encorajar a oitiva dos menores e ter em atenção as suas opiniões sempre que se assegure o discernimento suficiente do seu declarante. Não se trata aqui de atribuir autoridade de decisão aos menores, esta continua a pertencer aos pais por excelência, o que se inaugura é a perspectiva da criança ser ouvida como manifestação do direito à palavra de que é titular, e não como uma condescendência parental. É a compreensão de que só através da participação cada vez mais ativa na vida familiar é que o menor vai desenvolver potencialidades essenciais à sua personalidade em formação, tornando-se um adulto seguro e confiante, capaz de tomar decisões acerca da sua pessoa e dos seus interesses.

Por fim, importa ressaltar as reticências que parte da doutrina ainda manifesta quanto à oitiva das crianças e adolescentes sob o fundamento de considerá-la mesmo prejudicial ao desenvolvimento saudável e bem-estar emocional dos menores. Assim,

²²⁷ CAMPOS, Diogo Leite, *Lições de Direito da Família e Sucessões*, 2ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1997, p. 323.

invocam o direito dos menores de não serem obrigados a emitir uma opinião, nem serem envolvidos em querelas judiciais, ainda que estas lhe digam especialmente respeito.

Ora, é notório o traço paternalista desta postura doutrinária. Ao tentar “proteger” os menores de qualquer adversidade, o que se garante é o adiamento do processo de amadurecimento destes jovens, uma vez que as dificuldades continuarão existindo, eles é que, na impossibilidade de serem confrontados com ela, não saberão ao certo como reagir. Não é adequado supor que o direito à opinião concedido aos menores possa vir a legitimar que estes mesmos jovens sejam forçados a prestá-la como parecem crer os críticos à consolidação desta nova face da autonomia das crianças e adolescentes.

O direito à palavra do menor só terá lugar fora do ambiente familiar quando se presumir que da opinião emitida pelo jovem possa resultar verdadeiro benefício para si, quando o jovem em questão tiver compreensão suficiente acerca da sua condição e, por fim, quando o próprio quiser prestá-la. Ninguém tem o direito a obrigar que a criança ou o adolescente fale à revelia da sua intenção, até mesmo porque se assim for, tudo o quanto disser será desprovido de valor jurídico, pois que destituído de liberdade, restará invalidado pela mácula da coação.

Por certo que nem sempre a referida oitiva será fácil, admite-se mesmo que em determinadas alturas o assunto abordado é de tal modo delicado que falar a respeito cause algum sofrimento ao menor, mas não parece que esta possibilidade seja motivo bastante para admitirmos qualquer limitação ao direito da criança dar a sua opinião sempre que queira. Antes, só deve reforçar o cuidado com que a criança deve ser abordada e a sua fala interpretada.

A participação de uma criança em uma ação judicial deve ser sobretudo cautelosa, o menor só deverá ser ouvido se houver possibilidade e interesse nesta oitiva e desde que não configure qualquer prejuízo ao seu desenvolvimento. Deste modo, geralmente se desaconselha a oitiva de crianças em hipóteses de conflitos familiares, pelo que a participação em ações de divórcio dos pais, por exemplo, nunca deve ser imposta ao menor, devendo ser-lhe reconhecido o direito de decidir se afastar de todo o processo²²⁸, ou dele participar caso pretenda e tenha maturidade para tanto.

²²⁸ GOMES, Júlio, *A mediação e o divórcio. A experiência norte-americana*, in *Scientia Jurídica*, tomo XXXVIII, Braga, 1989, p. 109.

Em defesa da integral proteção do menor, sem entretanto restringir a esfera da sua autonomia, defende-se a possibilidade de que a criança ou o adolescente possa ser ouvido de modo indireto, menos formal e por profissionais especializados nesta matéria ²²⁹.

Além do mais, ouvir o menor não implica necessariamente que a sua vontade seja atendida. Por certo que quanto maior o seu grau de amadurecimento, maior também será a influência da sua opinião sobre a convicção do julgador, todavia a sua oitiva não vincula a atuação deste, uma vez que as ações de regulação das responsabilidades parentais são de jurisdição voluntária, conforme artigo 100.º da lei n.º 147/99, de 01 de Setembro, a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo. Como nas ações de jurisdição voluntária há a prevalência do princípio do inquisitório sobre o princípio do dispositivo, o juiz não fica subordinado aos argumentos trazidos pelas partes, mas pode fundamentar a sua decisão com base nas informações colhidas através da sua própria atividade.

Assim, da oitiva do menor, o julgador deverá aferir qual a valoração a ser concedida à sua manifestação, procurando resguardar como fim primário da sua atuação a promoção do que seja o verdadeiro interesse da criança.

3.6.2. DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA

Como reflexo da responsabilidade parental que lhes cabe, os pais tem o dever de dirigir a educação dos seus filhos e, conseqüentemente, serão livres para decidirem acerca da orientação religiosa que proporcionarão aos seus filhos. Assim, a decisão de dar ou não à criança e ao adolescente qualquer tipo de educação religiosa pertence unicamente aos pais e trata-se em verdade de um direito e não um dever como a maior parte do conteúdo das responsabilidades parentais ²³⁰.

Esta hipótese de orientação religiosa perdurará até que o adolescente complete dezasseis anos de idade, quando o legislador português entendeu ser o momento da aquisição da autonomia e capacidade para decidir livremente quanto à sua educação religiosa, conforme disposição do artigo 1886.º, do Código Civil. A partir de então, não

²²⁹ Nesse sentido, o Acórdão do TRL, n.º 3661/2007-7 de 15.05.2007, Rel. Orlando Nascimento, afirma que “(...) III – A audição das crianças pode muito bem limitar-se a uma audição indireta, através da Segurança Social, sem prejuízo da sua subsequente audição pelo Tribunal”, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/33421cdb1e5f9644802572f80033f9f0?OpenDocument&Highlight=0,Ac%C3%B3rd%C3%A3o,n.%C2%BA,3661%2F2007-7>, acesso em 17.09.2014.

²³⁰ MARTINS, Rosa, *Menoridade...*, *op. cit.*, p.211.

mais se admitirá a interferência dos pais acerca da escolha do credo a ser professado pelo seu filho.

Contudo, aqui, mais uma vez, o grau de maturidade intelectual e psicológica do menor será pré-requisito do seu exercício de autonomia religiosa. Logo, a maturidade religiosa, a capacidade para escolher a perspectiva de credo com a qual se identifica, pode ser obtida antes mesmo da aquisição da capacidade civil plena, de modo que constitui uma zona de autodeterminação especial e que pode ser perfeitamente considerada como uma espécie de “maioridade em assuntos religiosos”²³¹.

A questão da maioridade especial para assuntos religiosos diz respeito ao presente trabalho nomeadamente no que se refere às testemunhas de Jeová, em razão dos seguidores deste credo não admitir em nenhuma hipótese a acessão de transfusão de sangue ou de seus derivados. Assim sendo, é possível que em uma situação de emergência estabeleça-se um conflito entre os direitos à vida e à liberdade religiosa.

Nas palavras de Isabel González, “*cuando más radicalmente se há presentado el problema del ejercicio de las libertades de conciencia, religión y creencias por parte del menor e sen el momento en que éstas entran en conflicto con su propia salud, e, incluso su vida. Se produce, en estos casos, el choque entre dos conciencias: la deontológica, que fuerza al facultativo a intervenir para preservar la vida o salud del paciente, y la conciencia religiosa del menor y/o la de sus padres o tutores, que rechaza un tratamiento que, en muchos casos, es imprescindible para mantenerlo con vida*”²³²

A solução é dada pela indispensabilidade do consentimento do menor com mais de dezasseis anos que tiver a maturidade suficiente para decidir, caso se decida pela recusa da transfusão por exemplo, por mais essencial que o procedimento seja e a sua atitude pareça insensata aos olhos da equipa médica, a sua decisão deve ser respeitada com fundamento nos princípios da inviolabilidade e da indisponibilidade do seu próprio corpo, do respeito pela sua personalidade e valorização da sua autonomia.

Quando o menor não tiver maturidade que baste para tomar uma decisão desta natureza, deverá ser representado por seus progenitores, os quais ficarão encarregados de dar ou recusar o consentimento necessário. Tem-se entendido que a recusa de tratamento médico indispensável à sobrevivência do menor não tem validade jurídica se manifestada pelos pais, somente o próprio menor, tendo capacidade para tanto, poderá fazê-lo. Na

²³¹ MOREIRA, Sónia, op. cit., p. 184.

²³² GONZÁLEZ, Isabel Lázaro, *Los menores en el derecho español*, Editora Tecnos, Madrid, 2002, p. 647.

hipótese dos pais recusarem determinado tratamento, este dissentimento vai ser identificado como risco à saúde do menor e as responsabilidades parentais serão então limitadas.

3.6.3. DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE DO MENOR

A Constituição da República Portuguesa consagra em seu artigo 64.º o direito de todos os indivíduos à proteção da saúde. Todavia, a busca pela efetivação plena do direito à saúde foi durante muito tempo obstaculizada pela dificuldade na delimitação do conceito de saúde. Estaria a promoção da saúde relacionada com a defesa de melhores condições de vida ou seria, tão-somente, o estado físico caracterizado pela ausência de doenças?

A questão ficou sem resposta até o momento da criação da Organização Mundial de Saúde, em 1946, cujo preâmbulo do seu documento constitutivo descreve a saúde como “completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças”. Assim, a definição de saúde adotada pela OMS prestigia, sobretudo, a interação do indivíduo com o ambiente que o rodeia, abarcando uma série de fatores socioeconómicos.

O Estado passa a ser agente concretizador do direito à saúde ao promover o acesso de todos a cuidados médicos e assumindo uma posição de não ingerência no exercício individual do direito à saúde dos particulares, além de impedir que terceiros o façam.

No que se refere especificamente ao direito à saúde dos menores, caberá aos pais no exercício das suas responsabilidades parentais, velar pela saúde dos filhos, proporcionando, de acordo com as suas possibilidades, as condições necessárias para uma vida saudável, como uma alimentação adequada, assistência médica indispensável, cuidados de higiene, etc. Assim, não se admite que os pais possam tomar decisões capazes de restringir o direito à saúde dos seus filhos menores, hipótese na qual poderá o Estado substituir os pais no exercício da responsabilidade parental de modo a garantir a defesa do melhor interesse da criança e do adolescente.

Não existe no ordenamento jurídico português nenhum dispositivo legal que conceda expressamente aos menores a autonomia no acesso a cuidados de saúde, ou seja, que consagre a faculdade dos jovens de consultar um médico sem a autorização dos pais. Contudo esta é uma hipótese que deve ser validamente considerada como um direito do

menor que possua maturidade suficiente para compreender todas as repercussões possíveis do seu comportamento, uma vez que os pais têm a obrigação de lhes reconhecer autonomia na organização da própria vida.

Ao contrário do Parecer Geral da República nº 53/80 de 6 de Novembro de 1980, que concluía pela negação do direito de acesso às consultas de planeamento familiar aos menores de idade quando lhes faltar autorização expressa dos pais, ou representantes legais, atualmente é pacífico o entendimento oposto.

A Lei n.º 3/84, de 24 de Março, que versa acerca de educação e planeamento familiar, dispôs diversamente ao assegurar a todos, em seu artigo 5.º, o livre acesso às consultas e outros meios de planeamento familiar, sem discriminações de qualquer espécie. O artigo 13.º do mesmo diploma, determina que o Estado e as autarquias locais deverão incentivar a instalação de centros de atendimento a jovens.

Seguindo a mesma linha, a Portaria nº 52/85 de 26 de Janeiro, vem regulamentar as consultas de planeamento familiar e é bastante explícita ao assegurar, em seu artigo 5.º, o acesso às consultas a todos os jovens em idade fértil, afastada quaisquer hipóteses de restrições.

A Lei nº 120/99 de 11 de Agosto, reforça as garantias do direito à saúde reprodutiva, reafirmando em seu art. 5.º que os jovens podem ser atendidos em qualquer consulta de planeamento familiar, ainda que em centro de saúde ou serviço hospitalar que não seja da sua área de residência. Vê-se, portanto, que o intuito do legislador, ao permitir que o jovem procure acompanhamento em instituição fora da sua zona de residência, é proteger a sua privacidade por meio da confidencialidade da consulta de planeamento familiar.

Por todo o exposto em matéria legislativa, conclui-se pela existência de mais uma importante exceção à sujeição dos menores ao poder paternal no que se refere à informação sexual e à contraceção, não havendo, inclusive, restrições etárias para a aquisição de contraceptivos de venda livre.

Importante frisar que também já se encontra fora do âmbito do poder paternal a decisão de interrupção voluntária da gravidez, nos casos em que o procedimento seja lícito por atender todos os requisitos da lei, da menor com mais de 16 anos de idade, uma vez que o seu consentimento para a referida interrupção possui validade jurídica, conforme artigo 142.^a, n.º 5, do Código Penal.

Nas palavras de Guilherme de Oliveira, “ficou aberta uma importante exceção à sujeição dos menores ao poder paternal, nesta matéria relativa à informação sexual e à contraceção”²³³. Entretanto, parece evidente a verdadeira autonomia que o legislador português procurou assegurar aos jovens na defesa da sua saúde sexual e reprodutiva, pelo que não há razões que legitimem a restrição desta mesma autonomia quando estiver em causa questões de saúde integral que não pertençam ao foro reprodutivo.

É inegável estarmos diante de uma autonomia do menor quantos aos cuidados de saúde em geral, não sendo possível, nem aceitável, a delimitação da sua autonomia a cuidados de saúde pré-definidos quando o elemento de distinção deve ser sempre o grau de discernimento do menor a respeito de determinada demanda médica.

Contudo, a despeito do reconhecimento que o ordenamento jurídico português dispensou à autonomia do menor quanto ao exercício do seu direito à saúde, ainda não há em Portugal uma lei específica que regulamente o acesso das crianças e dos adolescentes aos cuidados médicos.

Como solução legislativa à ausência de regulamentação, recorre-se ao artigo 38.º, n.º 3, do Código Penal, que considera capaz para prestar um consentimento juridicamente relevante o menor com mais de dezasseis anos e que possua o discernimento necessário para tanto. Porém, não se trata da melhor solução, vez que o recurso à norma penal nem sempre conseguirá responder adequadamente aos problemas suscitados no âmbito do Direito Civil.

3.6.4. A CAPACIDADE PARA CONSENTIR

Como bem explica Rui Nunes, o conceito de competência recorrentemente usado na literatura bioética refere-se à capacidade do indivíduo para decidir de forma autónoma. Trata-se, portanto, de competência decisional, a qual pressupõe que o doente não apenas compreenda a informação que lhe é transmitida, mas que também seja capaz de efetuar um juízo de valor independente e em consonância com o seu sistema de valores ²³⁴.

Logo, a capacidade é perspetivada pela ótica médica como a conformidade das decisões tomadas com a expressão da própria autonomia do paciente. Assim sendo, “a

²³³ OLIVEIRA, Guilherme de, *O acesso dos menores aos cuidados de saúde*, Temas de Direito da Medicina, p. 228.

²³⁴ NUNES, Rui. *Testamento...*, *op. cit.*, p. 99.

avaliação da capacidade cabe em primeira linha ao médico e este deverá proceder tendo em atenção uma relação direta entre o paciente e o quadro que se lhe depara. A aferição é, assim, casuística. Muito embora se leve em linha de conta as regras jurídicas estabelecidas para a incapacidade, a verdade é que não estamos perante fronteiras objetivamente delimitadas entre decisões atendíveis e não atendíveis”²³⁵.

Como se vê, a capacidade é entendida, em um contexto biomédico, como algo que vai além da idade e da sanidade mental, perpassando por questões como o tipo de decisão, o momento e as circunstâncias que rodeiam o processo de tomada de posição²³⁶. Muitas vezes a fragilização e o sofrimento físico e psíquico provocados por uma determinada doença são tão intensos que podem tornar o doente incompetente para decidir.

Por isso mesmo é que autores da área de ciências da saúde reivindicam a consagração de uma capacidade muito mais casual, específica para determinada decisão e organizada em variados níveis de acordo com a complexidade da intervenção em causa e o grau de discernimento do paciente, em substituição do modelo de “capacidade global” que hoje está em uso. Até mesmo porque nem sempre a capacidade de fato corresponde à capacidade de discernimento necessária para consentir em matéria de saúde, o paciente pode ser civilmente capaz e não estar em condições de fazer escolhas autónomas, seja pelo agravamento do seu estado de saúde, ou pelo uso de fármacos que alterem a sua perceção dos fatos.

A questão que efetivamente importa averiguar é, portanto, a capacidade para tomar decisões e compreender as informações clínicas concernentes ao seu estado de saúde, e não apenas verificar a exigência da maioridade civil. Segundo Beuchamp e Childress “Um paciente ou sujeito é capaz de tomar uma decisão caso possua a capacidade de entender a informação material, fazer um julgamento sobre a informação à luz de seus próprios valores, visar um resultado determinado e comunicar livremente seu desejo àqueles que o tratam ou que procuram saber qual é a sua vontade”²³⁷.

Logo, a capacidade de discernimento é verdadeiro requisito de validade do consentimento, sendo a mera capacidade civil uma formalidade. Tanto é assim que o ordenamento criminal admite o consentimento prestado por maior de dezasseis anos desde

²³⁵ RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento...*, *op. cit.*, p. 200.

²³⁶ MARTINS, José Carlos Amado e outros, *Capacidade para consentir – Avaliar para maximizar a autonomia*, in *Revista Portuguesa de Biética*, n.º 09, Dezembro 2009, p. 311

²³⁷ BEUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F., *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, New York, 2001, 5.ª edition, p. 154.

que tenha maturidade suficiente para o fazer, como já foi dito. É, portanto, um contrassenso sem tamanho que a Lei de Diretivas Antecipadas de Vontade não leve este reconhecimento da capacidade dos menores para consentir em consideração.

Orlando de Carvalho é uma das vozes que advoga a repercussão civilística do disposto no artigo 38.º, n.º 3, CP como medida de harmonização legislativa, uma vez que critérios distintos regulando o mesmo instituto jurídico acaba por desencadear discrepâncias legais quanto a situações idênticas ²³⁸. No mesmo sentido se posiciona Guilherme de Oliveira ao afirmar que “de fato seria muito estranho que o ramo do Direito que está mais preocupado com a defesa da liberdade e a autodeterminação ficasse satisfeito com o livre consentimento prestado por um jovem de dezasseis anos e, simultaneamente, o direito civil entendesse que o mesmo jovem, no mesmo caso, carecia de proteção dos pais, que decidiriam em vez dele! Penso que esta solução criaria uma desarmonia injustificada no nosso sistema jurídico” ²³⁹.

Neste sentido, manifesta-se André Dias Pereira²⁴⁰ na defesa do reconhecimento de um novo instituto de direito civil, a capacidade para consentir, devidamente autonomizado da capacidade negocial por se entender que esta foi definida face às exigências do direito patrimonial, tornando-se, portanto, muitas vezes insuficiente para regular as situações no domínio da relação médico-paciente ²⁴¹.

A insuficiência da teoria da capacidade negocial para responder a questões de carácter não-patrimonial é tão latente que o legislador português precisou elaborar um sistema especial para regulamentar os atos jurídicos pessoais face às minoridades, criando, assim, algumas regras de “maioridades especiais” ²⁴², perante as quais o “casuísmo” recebe um papel de suma importância, já que a sua concreta aplicação leva em consideração não só a idade cronológica mas o grau de maturidade do jovem em questão.

A capacidade para consentir demarcaria, então, a passagem de uma fase em que ainda se requer a assistência para uma fase na qual o jovem já é capaz de autodeterminar-se. Tendo em vista o direito do jovem em ver a sua capacidade de autodeterminação

²³⁸ CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil – Sumários desenvolvidos para uso dos alunos de 2º ano (1ª turma) do Curso Jurídico de 1980 /81*, Centelha, Coimbra, 1981, pp. 95 e ss.

²³⁹ OLIVEIRA, Guilherme de, *O acesso dos menores aos cuidados de saúde*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 132.º, n.º 3898, p. 17.

²⁴⁰ PEREIRA, André G. Dias, *A capacidade...*, *op. cit.*, p.199.

²⁴¹ Neste sentido, Beauchamp e Childress esclarecem que a legislação tradicional referente à capacidade visa proteger mais a propriedade do que as pessoas, portanto, não serve para a capacidade de tomar decisões médicas, in BEAUCHAMP / CHILDRESS, *Principles...*, *op.cit.*, p. 71.

²⁴² Conforme OLIVEIRA, Guilherme de, *O acesso...*, *op. cit.*, p. 226.

amplamente reconhecida, defende-se que questões inerentes ao próprio direito de personalidade não devem ser solucionadas por meio do exercício das responsabilidades parentais, mas decididas pelo próprio jovem no legítimo exercício da sua autonomia na medida da sua capacidade de entendimento.

Sendo o consentimento para uma intervenção ou tratamento médico um ato pessoalíssimo, o qual tutela os bens jurídicos da mais elevada dignidade axiológica e constitucional: integridade física e moral da pessoa humana e a autodeterminação nos cuidados de saúde, conclui-se que cada pessoa humana deve poder autodeterminar-se nos seus cuidados de saúde ²⁴³.

Pelo que, apenas a ausência de capacidade para consentir pode justificar validamente os recursos à figura do consentimento presumido ou a do consentimento prestado heteronomamente pelo representante legal.

A Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina Estabelece, ainda, regras gerais para as incapacidades nos artigos 6.º e 7.º, afirmando que “a opinião do menor é tomada em consideração como fator cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade”, conforme art. 6.º, n.º 2, enquanto o n.º 3 do mesmo artigo estabelece que “sempre que, nos termos da lei, um maior careça, em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efetuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei. A pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização”. Ou seja, a Convenção estabelece, para efeitos da sua aplicação, uma ideia de capacidade distinta da estabelecida pelo regime tradicional da capacidade negocial, reconhecendo o instituto da capacidade negocial.

Também a Convenção dos Direitos da Criança estabelece em seu artigo 12.º ²⁴⁴, o direito da criança com discernimento de se exprimir livremente sobre as questões que lhes sejam pertinentes, devendo a sua opinião ser respeitada de acordo com a sua idade e maturidade. Aqui também instaura-se uma averiguação casuística da capacidade da

²⁴³ PEREIRA, André G. Dias, *op. cit.*, p. 201.

²⁴⁴ Art.º 12: 1. Os Estados Parte garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo tomadas devidamente em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade. 2. Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.

criança, a qual renega facilmente o critério etário a segundo plano ²⁴⁵, por ser insuficiente para solucionar as questões suscitadas pela capacidade de consentimento do menor, que passa a centrar-se na análise do grau de entendimento, maturidade e poder de decisão. Então, o mais coerente não seria também atender às legítimas pretensões de um menor de dezasseis anos, que goza de plena consciência para decidir por si e pretende elaborar um documento de diretiva antecipada?

O Código Deontológico da Ordem dos Médicos, ao afirmar a necessidade de obtenção do consentimento dos pais, ou tutores, para as intervenções médicas a serem realizadas em menores ou incapazes (art. 39.º, CDOM), não deixa de requerer que o médico “respeite, na medida do possível, as opções do doente, de acordo com a capacidade que (lhe) reconheça, atuando sempre em consciência na defesa dos interesses do doente” (art. 38.º, n.º 2).

Pelo aqui exposto é que apela André Dias Pereira pela interpretação das normas do Código Civil português relativas à incapacidade de exercício em conformidade com a Constituição, nomeadamente com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do menor, e com as normas de direito internacional convencional ²⁴⁶.

Assim, o jovem que seja dotado de capacidade para consentir, não só está legitimado para gerir os seus interesses quanto à prestação de cuidados de saúde, podendo mesmo recusar determinados tratamentos médicos ainda que estes sejam indispensáveis à boa conservação da sua saúde, como também o poderá fazer previamente por meio de uma diretiva antecipada de vontade. Não obstante, não haja previsão expressa do legislador português neste sentido, não há fundamento jurídico que desautorize o jovem maior de dezasseis anos a fazê-lo caso assim pretenda e desde que tenha condições de entender o significado e alcance das suas decisões no âmbito da saúde.

Todavia, por óbvio que não será toda decisão referente a procedimentos médicos que possa ser objeto do consentimento prestado pelo jovem no exercício da sua capacidade para consentir. Assim, são consideradas hipóteses de incapacidade de gozo do direito de consentir o transplante inter vivos de substâncias não regeneráveis, uma vez que a Lei n.º 12/1993, de 22 de Abril, que trata sobre colheita e transplante de órgãos e tecidos de

²⁴⁵ Para João Vaz Rodrigues, *op. cit.*, pp. 204 e 205, o limite dos dezasseis anos poderá significar apenas uma referência para o agente médico, ou o limite até ao qual uma criança, a quem se reconheça maturidade para tanto, poderá associar a sua decisão à dos seus representantes legais, e, a partir da qual, com idêntico reconhecimento, poderá decidir sozinha.

²⁴⁶ PEREIRA, André G. Dias, *op. cit.*, p. 204.

origem humana determina em seu art. 6.º, n.º 3, que “são sempre proibidas a dádiva e a colheita de órgãos ou de tecidos não regeneráveis quando envolvam menores ou outros incapazes”.

Da mesma forma, a Lei n.º 3/1984, de 24 de Março, que dispõe acerca de educação sexual e planeamento familiar, impede que os jovens consentam uma esterilização não terapêutica ao criar uma “menoridade especial”, por meio da qual estabelece que “a esterilização voluntária só pode ser praticada por maiores de 25 anos, mediante declaração escrita devidamente assinada, contendo a inequívoca manifestação de vontade de que desejam submeter-se à necessária intervenção e a menção de que foram informados sobre as consequências da mesma”, conforme art. 10.º, n.º 1 da referida lei.

Segundo João Vaz Rodrigues, “a avaliação da capacidade cabe em primeira linha ao médico, e que este deverá proceder tendo em atenção uma relação direta entre o paciente e o quadro que se lhe depara. A aferição é, assim, casuística. Muito embora se leve em linha de conta as regras jurídicas estabelecidas para a incapacidade, a verdade é que não estamos perante fronteiras objetivamente delimitadas entre decisões atendíveis e não atendíveis”²⁴⁷. Assim, a averiguação da capacidade para consentir caberá sempre ao médico, por se entender que é a pessoa que reúne mais condições de fazer um diagnóstico acertado por conhecer a história do paciente, todavia, a conclusão deste será submetida à sindicância judicial.

A capacidade para consentir, perspectivada como a capacidade de tomar uma decisão racional, pode ser estruturada em quatro aspetos essenciais²⁴⁸: a capacidade de decidir sobre valores a partir da ponderação de custos-benefícios, a capacidade para compreender fatos e processos causais, assim como a capacidade para compreender as alternativas e, por fim, a capacidade de autodeterminação baseada na informação recebida²⁴⁹.

Reconhecendo o médico, perante a concreta situação, que o jovem possui o discernimento necessário para exercer a capacidade para consentir, não há razão legítima para se sustentar que não seja o jovem a tomar as decisões pertinentes ao seu tratamento,

²⁴⁷ RODRIGUES, João Vaz, *op. cit.*, p. 200.

²⁴⁸ Conforme a doutrina de Amelung referida por PEREIRA, André G. Dias, *op. cit.*, pp. 209-212.

²⁴⁹ Outro esquema de compreensão dogmática da capacidade para consentir é apresentado pela British Medical Association e a Law Society, as quais exigem a compreensão, em termos amplos, em que consiste o tratamento médico, dos principais benefícios, riscos e alternativas, das consequências de não receber o tratamento, a capacidade de tomar decisões livres e, por último, conservar a informação o tempo suficiente para tomar uma decisão.

até mesmo porque não é invocável aqui o argumento da proteção da segurança do tráfico jurídico, estando a presente temática adstrita à esfera de autonomia do paciente.

É de frisar que a capacidade para consentir é altamente variável por conta da sua própria natureza, não só quando se refere aos menores, mas a todos os pacientes de modo geral, variando essencialmente em função gravidade e da complexidade da intervenção proposta. Logo, a sua averiguação demandará sempre uma análise casuística da situação, baseado em um processo dinâmico, com um conteúdo múltiplo de informação e no qual participam vários sujeitos²⁵⁰. É preciso que se entenda o estatuto da menoridade não como uma incapacidade em bloco, mas antes, como uma incapacidade regressiva, restringida sempre que a criança demonstrar condições de se autodeterminar²⁵¹

Tendo a lei pátria dispensado cada vez mais relevância à opinião do menor, lhe permitindo até, em algumas circunstâncias, a faculdade de decidir por si só (nas hipóteses de maioridades especiais), qual a solução para os conflitos de decisões entre o menor, a quem o médico reconheceu capacidade para consentir, e os seus representantes legais quanto aos cuidados de saúde? O melhor entendimento parece ser o defendido por Guilherme de Oliveira ao comentar o teor do nº 5 do art. 10.º do Decreto-Lei nº 97/94, de 09 de Abril, que versa sobre ensaios clínicos em seres humanos, e baseia-se, em circunstâncias de conflito, na prevalência da vontade do menor que apresente discernimento, uma vez que, se lhe foi reconhecida maturidade para que ele pudesse expressar a sua opinião a respeito da controvérsia, não há razão para que não se reconheça também a sua absoluta capacidade jurídica para consentir ou dissentir²⁵².

Seguindo a tendência legislativa civilística, que estabelece exceções à incapacidade de exercício de direitos por menoridade no âmbito dos atos pessoais, como as capacidades especiais atribuídas aos menores para casar, perfilhar, testar, escolher uma religião, deveria o legislador da Lei de Diretivas Antecipadas de Vontade também ter reconhecido o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do menor ao legitimar a possibilidades dos jovens com idade superior aos dezasseis anos, e discernimento

²⁵⁰ RIBEIRO, Geraldo Rocha, *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, 2010, p. 131.

²⁵¹ RIBEIRO, G. Rocha, op. cit., p. 11.

²⁵² OLIVEIRA, Guilherme de, *Direito Biomédico e Investigação Clínica*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 130, n.º. 3881 e n.º 3882., p. 261.

suficiente, de prestarem o seu consentimento não só perante à situação de fato que dele carece, mas também previamente por meio de uma DAV.

3.7. LEGITIMIDADE DO MENOR PARA ELABORAR UMA DAV

A idade de dezasseis anos é tida entre nós como referência quanto à capacidade para consentir dos menores por força do artigo 38.º, n.º 3 do Código Penal, que consagrou uma “maioridade especial” para o acesso a cuidados de saúde em consonância com o reconhecimento da autonomia progressiva das crianças e adolescentes.

Não obstante possamos encontrar outras soluções esparsas pelo ordenamento jurídico português que consagrem a aquisição da capacidade mais cedo ou mais tarde, e ainda em conjunto com os representantes legais, ao consagrar aos menores as prerrogativas de co-consentimento e de veto, a verdade é que a norma penal adquire contornos de norma geral sempre que o jovem em referência possua mais de dezasseis anos e possua o discernimento exigido pela lei ²⁵³.

Obedecidos aos requisitos da lei, o jovem torna-se habilitado para consentir, ou não, determinados tratamentos médicos. Consentimento este absolutamente válido e vinculativo da atuação médica. Assim sendo, trata-se de verdadeira incongruência legislativa que se permita ao menor de 16 anos recusar um determinado tratamento, mas não permita que o mesmo menor o faça previamente, por meio de uma diretiva antecipada. Pelo que, outros ordenamentos jurídicos entenderam acertadamente quanto à legitimidade do menor para elaborar um documento de DAV e reconheceram normativamente tal possibilidade.

Assim, a legislação holandesa regula os testamentos de paciente no *artikel 450* do *Burgerlijk Wetboek*, o qual determina que o paciente que tiver mais de dezasseis anos pode, através de uma declaração escrita, expressar as suas diretivas para cuidados de saúde a serem aplicadas em uma situação de incapacidade. Para tanto, exige-se tão-somente como critérios de validade a forma escrita e que o jovem elabore o documento na posse de suas plenas capacidades mentais, não sendo necessário qualquer reconhecimento notarial.

²⁵³ Uma vez que 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.

Refere ainda que o médico pode opor-se à aplicação da diretiva quando o possa justificar com boas razões²⁵⁴.

Mais próximos de nós, algumas comunidades autónomas espanholas também reconheceram ao jovem o direito de elaborar uma diretiva antecipada de vontade. A comunidade de Andaluzia, no âmbito da *Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada*, estabelece que a declaração antecipada de vontade pode ser emitida por um jovem que ainda não tenha alcançado a maioridade civil, mas que seja emancipado.

A Comunidade de Navarra, por sua vez, reconheceu no âmbito da *Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica*, que a declaração antecipada de vontade é o documento no qual a pessoa maior de idade ou um menor ao qual se reconhece capacidade pode elaborar com o intuito de pré-determinar a sua vontade quanto a uma eventual atuação médica em situação de incapacidade²⁵⁵.

A *Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana*, estabelece no artigo 9.º, n.º 2, que “*en el caso de menores emancipados, el menor deberá dar personalmente su consentimiento. No obstante, cuando se trate de un menor y, a juicio del médico responsable, éste tenga el suficiente grado de madurez, se le facilitará también a él la información adecuada a su edad, formación y capacidad*”, no entanto ao tratar especificamente das diretivas antecipadas de vontade no artigo 17.º, apenas reconhece a legitimidade dos menores emancipados.

Por se tratar de um tema relativamente recente entre nós, apesar de, como já foi dito, ter sido debatido no final da primeira metade do século passado pelos norte-americanos, só há poucos anos os países europeus começaram a legislar sobre o assunto. O tema das diretivas antecipadas de vontade ainda desperta muita cautela na parcela da sociedade mais conservadora, assim como a possibilidade da conceção cada vez mais

²⁵⁴ ZIMMERMANN, Die Auswirkungen..., p. 432, *apud* PEREIRA, André G. Dias, *A capacidade...*, *op. cit.*, p. 226.

²⁵⁵ Artículo 9. La declaración de voluntades anticipadas. 1- El documento de voluntades anticipadas es aquel dirigido al médico responsable, en el cual una persona mayor de edad o un menor al que se le reconoce capacidad conforme a la presente Ley Foral, deja constancia de los deseos previamente expresados sobre las actuaciones médicas para cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad, por medio del consentimiento informado, y que deben ser tenidos en cuenta por el médico responsable y por el equipo médico que le asista en tal situación.

alargada de esferas de autonomia às crianças e adolescente, portanto quando há a associação de ambas as ideias, de modo a resultar no reconhecimento normativo da legitimidade do menor para propor uma diretiva antecipada, é, no mínimo exepetável a dificuldade de se debater o assunto de modo sério e profícuo.

A exemplo desta resistência social é a celeuma que se instalou, e ainda não resta pacificada, quando da aprovação pelos deputados belgas de lei que alarga a admissibilidade legal da eutanásia a menores, sem fixar um limite mínimo de idade, baseando a decisão na análise casuística da maturidade da criança, desde que se trate de uma doença incurável e que provoque grande sofrimento.

Assim, na Bélgica, o menor, independentemente da idade, pode requerer a eutanásia ativa, desde que tenham capacidade de discernimento para compreender a complexidade e alcance deste pedido e tenham autorização dos pais, ou de quem exerça legalmente as responsabilidades parentais. A lei foi aprovada no parlamento com 86 votos a favor, 44 contra e 12 abstenções, porém, ainda é alvo de duras críticas por alguns segmentos da sociedade belga que considerada o alargamento da morte medicamente assistida a crianças e adolescentes absolutamente desarrazoado e desnecessário. Laura Ferreira dos Santos ressalta a necessidade de se ter em conta o contexto da aprovação desta lei, uma vez que a prática da eutanásia em adultos é legalizada já há mais de uma década.

As vozes contrárias evocam em sua maioria a suposta falta de maturidade de uma criança para tomar uma decisão desta natureza, de pôr termo à própria vida, todavia, parecem não se dar conta do peso que muitas vezes uma vida de intenso sofrimento pode vir a ter. Se a morte se apresenta como inevitável e não há formas eficazes de diminuição da dor, é legítimo que quem se veja nesta situação anseie por um fim do seu padecimento e ignorar este anseio é medíocre, ainda mais quando se baseia em uma agenda de valores muito própria para defender a vida que o outro deve viver. A dor é absolutamente personalizada, intrínseco à intimidade de cada um e impassível de ser generalizado, pelo que somente o indivíduo é capaz de valorar a sua própria vida e decidir se ela vale a pena.

O exemplo da legislação belga foi para aqui trazido para que se compreenda que não há, nem precisa haver, uma solução única. Ademais não é por se reconhecer a possibilidade de incorporar as crianças como possíveis beneficiários da morte medicamente assistida, que irá surgir sucessivos casos de eutanásias em crianças ou ainda a prática leviana da eutanásia. Tratar-se-á sempre de uma situação absolutamente delicada e

dramática, tanto quanto ter um filho em profundo sofrimento e nada poder fazer. Portanto, imperativo mesmo nos dias atuais é deixar de tentar impor a nossa agenda de valores aos que nos cercam, é não catequizar o outro com as nossas verdades, mas sim respeitar a pluralidade de visões de mundo que permeia a sociedade democrática e plural.

Não obstante a crescente autonomização dos menores e o reconhecimento de todas as maioridades especiais consagradas na ordem jurídica portuguesa, o fato é que o adolescente ainda não é um indivíduo autónomo, o apoio e proteção dos adultos é indispensável ao seu desenvolvimento saudável, assim o instituto da assistência adquire especial relevância ao equilibrar a assunção de graus de autonomia pelos menores no exercício de seus direitos à necessidade de proteção que ainda possuem. Assim, é perfeitamente cabível que em matéria de consentimento informado, sempre que se tratar de procedimentos de relevante importância e impacto na saúde da criança ou jovem, a anuência ou recusa poderão ser prestados, também, pelos titulares da responsabilidade parental, até mesmo porque os graus de autonomia concedidos aos menores não destituem os progenitores do seu poder-dever de substituírem-se aos seus filhos sempre no interesse destes e com a finalidade máxima de os proteger. Logo, a concessão conjunta do consentimento pelos titulares da responsabilidade parental e pelos menores habilitados a decidir por si, em máxima consagração ao princípio democrático da participação familiar, parece também ser a melhor solução a ser adotada também quanto à matéria das diretivas antecipadas.

Se existe um fundado receio de que o adolescente não reúna as condições anímicas suficientes para lhe conferir a capacidade plena de compreensão de determinada situação, a solução deve ser chamar os representantes legais do jovem para assessorá-lo e orientá-lo, auxiliando no processo de tomada de decisão, ao passo em que promove o seu desenvolvimento por meio do reconhecimento da liberdade progressiva que deve ser concedida às crianças e adolescentes. E não, nunca, optar por negar a promoção da sua autonomia.

Logo, no âmbito das diretivas antecipadas de vontade, advoga-se a legitimidade do menor para elaborar o testamento vital, uma vez que o ordenamento jurídico português já consagrou a autonomia do jovem com idade igual ou superior a dezasseis e com grau de discernimento suficiente, para decidir acerca dos cuidados de saúde que pretenda receber ou recusar.

A maioria no que se refere a cuidados de saúde não deve ser compreendida em termos absolutos, apesar da idade ser inegavelmente um dos elementos mais importantes na aferição da capacidade por materializar em um dado concreto a experiência acumulada por cada pessoa ²⁵⁶, a valorização da autonomia progressiva da criança determina que a capacidade para consentir seja aferida em função de cada caso concreto que determinará o grau de reconhecimento da autodeterminação do menor ²⁵⁷. Neste mesmo sentido se manifesta Luciana Dadalto, “a capacidade, entendida como discernimento, é requisito essencial para a validade do consentimento prestado, contudo, a capacidade civil é mera formalidade, não devendo ser levada em conta para aferir a validade do consentimento informado do paciente, pois, no caso concreto, deve-se verificar se à época da manifestação do consentimento o paciente estava em pleno gozo de suas funções cognitivas e não se este se enquadrava no conceito de pessoa capaz civilmente” ²⁵⁸.

Pelo que a escolha do legislador português tão-somente pelo critério da maioria revela-se ultrapassado e em desconformidade com a própria evolução normativo-jurídica que cada vez mais demanda por uma flexibilização do conceito tradicional de capacidade.

Apenas diante da hipótese do menor não ter condições de se autogerir é que é invocada a participação do representante legal de modo a suprir as deficiências do consentimento informado do menor. Porém, caso se entenda ser necessário o co-consentimento do jovem e de seus representantes legais para a elaboração da DAV, como forma de atribuir maior segurança jurídica ao testamento vital, tal solução configura um bom desenlace da limitação arbitrária que a Lei n.º 12/2012 instituiu ao não considerar dentre os habilitados para formular o testamento vital, o menor maior de dezasseis anos e com capacidade de autodeterminação suficiente.

²⁵⁶ MARTINS, Rosa, *op. cit.*, pp 13 – 14.

²⁵⁷ RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Quem decide pelos menores? Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para atos médicos*, Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 7, n.º14, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 105.

²⁵⁸ DADALTO, Luciana, *Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12*, in Revista Bioética, vol. 21, n.º1, Brasília, Janeiro – Abril de 2013, p. 109.

CONCLUSÃO

Por certo que em temas tão complexos e que, por isso mesmo, despertam uma pluralidade inimaginável de perspectivas, é profundamente difícil, se não impossível, alcançar consensos ou apenas pontos pacíficos. Este foi também o caso do presente trabalho que, ao versar acerca de temas assaz conflituantes como são as diretivas antecipadas de vontade, as questões de fim de vida e a autonomia progressiva da criança e do adolescente, espera ter logrado êxito em demonstrar a legitimidade dos jovens para formular documentos de testamentos vitais.

O objetivo principal foi demonstrar de que maneira o interesse dogmático das diretivas antecipadas de vontade reside na contribuição para um fortalecimento da ideia da imperatividade do princípio da autonomia, nomeadamente dos jovens aos quais é assegurada a capacidade para consentir.

Iniciamos o exame do presente tema assumindo como ponto de partida a forma como a evolução da relação médico – paciente a partir das modificações proporcionadas pelo avanço da tecnologia biomédica, e a consagração das garantias fundamentais que reconheceram o indivíduo como ser moral autônomo transformaram por completo a prestação de cuidados de saúde.

Ao paciente, que possua o discernimento necessário, foi reconhecido o direito à autodeterminação no âmbito da saúde, tornando-se, então, titular do direito de consentir ou dissentir determinado procedimento terapêutico, o qual jamais poderá ser levado a cabo sem a anuência do paciente, em um sinal de máxima sagração do princípio da autonomia enquanto parte integrante da dignidade humana e do direito geral de personalidade.

Porém o avançar constante das novas ciências biomédicas originou um fundado receio para o homem atual, uma vez que o esforço terapêutico imposto de modo desproporcional pode aprisionar indefinidamente o paciente em uma espécie de limbo existencial, já que a tecnologia de suporte vital não permite que a doença siga normalmente o seu curso, nem consegue proporcionar nenhuma melhoria no seu estado de saúde do doente crónico.

Face à imprevisibilidade do amanhã, as diretivas antecipadas de vontade surgiram como modo de salvaguardar o verdadeiro interesse do paciente, revestindo-se da forma mais segura para garantir respeito à sua autonomia na hipótese de incapacidade de expressar a sua vontade. Pode-se mesmo afirmar que as diretivas antecipadas têm como

principal função o respeito pela autodeterminação do paciente e, em segundo lugar, funciona como instrumento de desoneração da atividade médica pelas decisões tomadas no âmbito da prestação de serviços de saúde.

A ordem jurídica reconhece a todos os indivíduos a prerrogativa de conduzir o seu projeto de vida consoante os seus direitos de autodeterminação e livre desenvolvimento da sua personalidade, é diante deste contexto que a elaboração de um documento de diretiva antecipada de vontade adquire cada vez mais relevo, seja na modalidade de testamento vital ou na forma de procuração para cuidados de saúde.

Resta incontestável, também, a esfera crescente de autonomia que a criança e o adolescente vêm adquirindo em reconhecimento ao processo cada vez mais célere de amadurecimento dos jovens, reflexo do fácil e quase ilimitado acesso à informação e das doses de liberdade e responsabilidade que vão adquirindo inevitavelmente mais cedo, seja em nome da praticidade da vida familiar ou em resposta aos anseios da vida moderna.

A atual tendência legislativa e jurisprudencial no sentido de conceder uma valorização progressiva da autonomia da criança, incentivando o seu desenvolvimento como pessoa e titular de direitos fundamentais, implica também a assunção pelo jovem de uma postura cada vez mais ativa e responsável na condução do seu próprio projeto de vida. Assim, o jovem, perspetivado como um ser em desenvolvimento vai gradualmente adquirindo parcelas de autodeterminação até ser considerado plenamente capaz.

O jovem, a partir dos dezasseis anos de idade, torna-se habilitado para prestar consentimento informado em matéria de saúde, desde que possua “o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”, consoante o artigo 38.º, do Código Penal.

O legislador português também atribui outras hipóteses de maioridades especiais ou antecipadas, demonstrativo de que nem sempre é correta a conexão entre discernimento e idade, e que a sua eleição como elemento de referência para a aquisição da capacidade deve-se, sobretudo, aos interesses do legislador por segurança e certeza.

Não obstante a consagração legislativa da capacidade do menor para consentir, ou não, determinado procedimento terapêutico, a Lei das Diretivas Antecipadas de Vontade não admitiu a admissibilidade de diretivas antecipadas formuladas por menores, ainda que detentores de plena capacidade de discernimento.

Deste modo, entendendo que o menor pode decidir validamente acerca de uma eventual intervenção médica, por que não há de poder fazê-lo antecipadamente, resguardando a sua vontade de forma clara e inequívoca para que não corra o risco desta ser ignorada em uma situação que jovem se encontre incapacitado de se manifestar?

Assim, pugna-se pela alteração da Lei n.º 25/2012 de modo a acrescentar a figura do jovem maior de dezasseis anos, dotado de um grau de maturidade compatível com a natureza das decisões que ali se requer e de capacidade para consentir, entre os habilitados a formular uma diretiva antecipada.

O argumento de que a limitação da capacidade de consentir ou dissentir previamente através de uma DAV funda-se sobretudo na necessidade de proteger o jovem da sua própria incapacidade e inexperiência não tem aqui aplicabilidade, primeiro porque estamos diante de uma faculdade da qual o jovem já goza atualmente, segundo, o que está em causa é a legitimidade de um menor com um grau de discernimento compatível com a complexidade das decisões referentes aos cuidados de saúde.

Ademais, o exercício da autonomia por quem quer que seja implica riscos, a vida é permeada de incertezas e nem a pessoa mais experiente está livre de hesitar, ter dúvidas e até mesmo decidir mal. Agir autonomamente não implica necessariamente agir irrepreensivelmente. Portanto, apesar da legislação portuguesa exigir o requisito da maioridade, tem-se entendido que este requisito deve ser mitigado para que se valorize a manifestação da vontade do menor, desde que comprovada a sua maturidade, para que assim reconheça-se a força normativa da autonomia prospetiva dos jovens no acesso a cuidados de saúde.

Na hipótese de tudo o quanto aqui se falou não ser suficiente para convencer acerca da legitimidade do jovem para elaborar um documento de testamento vital, há que se considerar, por fim, duas hipóteses de reforço da validade das diretivas antecipadas elaboradas pelo jovem em consonância com os requisitos legais. Há autores que defendem a possibilidade do menor formular uma DAV desde que o seu representante legal consinta. Outros, entretanto, que advogam o aconselhamento médico prévio para assegurar tanto a capacidade de discernimento do menor como a tomada de consciência da repercussão da sua decisão. O que não se pode mesmo admitir é que a autonomia dos jovens continue a ser restringida injustificadamente em nome da proteção de bens jurídicos que não se encontram ameaçados.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Pedro de, **A representação voluntária em direito civil: ensaio de reconstrução dogmática**, Editora Almedina, Coimbra, 2004.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, **Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, **Os contratos civis de prestação de serviço médico**, in Direito da Saúde e da Bioética, Lisboa, AAFDL, 1996.

ALMEIDA, Filipe, **Bioética na unidade de cuidados intensivos. Autonomia individual. Omissão versus suspensão terapêutica**, in RPB, n.º 3, Dezembro de 2007.

ALMEIDA, José Carlos Moitinho de, **Efeitos da filiação**, in AAVV, Reforma do Código Civil, Ordem dos Advogados, Lisboa, Livraria Petrony, 1981.

_____. **O poder paternal no direito moderno**, in Scientia Iuridica, n.º 89, tomo XVII, Braga, 1968.

ALMEIDA, Vasco Duarte de, **Sobre o valor da dignidade da pessoa humana**, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

ALVES, Raúl Guichard, **Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação**, disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/menoridade.pdf>, acesso em 20.09.2014.

AMORIM, Ana, **O consentimento informado de menores: reflexões críticas sobre a lei actual**, em Lex Medicinæ, n.º 15, Ano 2011, pp. 113 – 128.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012.

ANDRADE, Manuel da Costa, **Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

_____. **Consentimento em direito penal médico – o consentimento presumido**, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, n.º 1 e 2, Janeiro – Junho 2004.

_____. **Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários – comentário conimbricense do código penal**, Tomo I, coord. Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, 1999.

ARGENTINA. **Constitución de La Nación Argentina**. Comentada por Alberto Ricardo Dalla Via. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

ARGENTINA. **Ley N° 4.263 de 19 dezembro de 2007**. Voluntad Anticipada de Río Negro, Buenos Aires, 2007.

_____. **Ley N.º 26.529**, de 21 de Outubro de 2009, **Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud**, disponível em <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>, acesso em 07.09.2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira, **Direito Civil. Teoria Geral**, vol. I, 2ª edição, Coimbra editora, Coimbra, 2000.

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BIOÉTICA, **Parecer n.º P/05/APB/06 sobre diretivas antecipadas de vontade** (relatores Helena Melo e Rui Nunes), Maio de 2006.

_____. **Projecto de diploma n.º P/06/APB/06 que regula o exercício do direito a formular diretivas antecipadas de vontade no âmbito da prestação de cuidados de saúde e cria o correspondente registo nacional**, (relatores Helena Melo e Rui Nunes), Dezembro de 2007.

_____. **Estudo n.º E/10/APB/07: Inquérito nacional à prática da eutanásia** (da autoria de Rui Nunes, Ivone Duarte, Ricardo Soares, Guilhermina Rego).

_____. **Parecer n.º P/13/APB/08: Proposta de um referendo nacional sobre a prática da eutanásia** (relator Rui Nunes), Outubro de 2008.

_____. **Proposta n.º P/11/APB/08: Guidelines sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais**, Serviço de Bioética e Ética Médica da Faculdade de Medicina do Porto (relator Rui Nunes).

_____. **Estudo n.º E/17/APB/10: Testamento vital** (relator: Rui Nunes), Setembro de 2010.

_____. **Parecer n.º P/20/APB/10: Guidelines sobre sedação em doentes terminais** (relatores Rui Nunes e Guilhermina Rego), Novembro de 2010.

BARBAS, Stela, **Morte e dignidade humana numa perspetiva jurídica**, in Eutanásia e outras questões éticas no fim da vida, coord. NUNES, Rui, REGO, Guilhermina, DUARTE, Ivone, Gráfica de Coimbra, 2009, pp. 81 – 92.

BARBOSA, Rogério Monteiro. **O poder familiar e a legitimidade da educação domiciliar: uma necessária releitura da autonomia privada no marco do estado**

democrático de direito. 2008. 46 f. Projeto Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte.

BARBOZA, Heloísa Helena, **A autonomia da vontade e a relação médico paciente no Brasil**, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 1, n.º 2, 2004, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 5-14.

_____. **Princípios da bioética e do biodireito**. *Revista Bioética*. Brasília, volume 8, n.º 2, 2000, pp. 209-216.

BARRETO, João, **A morte nas sociedades contemporâneas**, in *Eutanásia e outras questões éticas no fim da vida*, coord. NUNES, Rui, REGO, Guilhermina, DUARTE, Ivone, Gráfica de Coimbra, 2009, pp. 47 - 54.

BARÚS, José Ignacio Muñoz, **Diferentes histórias e um mesmo problema**, in *As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal – Uma perspectiva integrada*, Org. COSTA, José de Faria, GODINHO, Inês Fernandes, Coimbra Editora, 1ª ed., 2010, pp. 41 – 47.

BAUDOIN, Jean-Louis e BLONDEAU, Danielle, **Éthique de la mort et droit à la mort**, Paris, Universitaires de France, 1993.

BEAUCHAMP, Tom L., CHILDRESS, James F., **Principles of Biomedical Ethics**, Fifth Edition, Oxford, 2001.

BISCAIA, Jorge, **Conviver com a morte**, in *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 11, Julho 2010, pp. 208 e ss.

BISCAIA, Jorge e TEIXEIRA Susana, **Cuidados Paliativos. Estudo de casos. Reflexos culturais**. *Revista Portuguesa de Bioética*, XIX, n.º 8, Setembro 2009.

BLANCO, Jaime Zabala, *Autonomía e instrucciones previas: un análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado Español*, Universidad de Cantabria, p. 96, disponível em <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/10650/TesisJZB.pdf;jsessionid=F400342EBD3E245BC489FA9F9C8136CC.tdx2?sequence=1>, acesso em 03.08.2014.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal (formal e material) ao processo de formação dos contratos e prestação de serviços médicos: com enfoque no consentimento informado**. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Ano 9, v. 35, Julho - Setembro 2008, pp. 121-149.

BRASIL. Código civil brasileiro. In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade mecum**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRITO, António José dos Santos Lopes de, RIJO, J. M. Subtil Lopes, **Estudo jurídico sobre da Eutanásia em Portugal: Direito sobre a vida ou direito de viver?**, Editora Almedina, Coimbra, 2000.

BRITO, Teresa Quintela de, **Interrupção de alimentação e hidratação artificiais de pessoa em estado vegetativo persistente**, in Direito penal, parte especial: lições, estudos e casos, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

BOLIERO, Helena, GUERRA, Paulo, **A criança e a família – uma questão de direito(s)**”, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

CAMPOS, Diogo Leite de, **Lições de direito da família e sucessões**, 2ª edição atual., Editora Almedina, Coimbra, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, vol. 1, 4ª ed. Revista, Coimbra Editora.

CARDIGOS, Ana Valério, **Testamento Vital – uma vontade manifestada**, Coimbra, 2009.

CARVALHO, Orlando de, **Teoria Geral de Direito Civil**, Sumários desenvolvidos para uso dos alunos de 2º ano do Curso Jurídico de 1980/81, Centelha, Coimbra, 1981.

CATALUÑA, **Ley n.º 21/2000**, de 19 de dezembro. Sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica. Boletín Oficial de Cataluña, disponível em 10.09.2014.

CLEMENTE, Rosa, **Inovação e modernidade no direito de menores – A perspetiva da lei de proteção de crianças e jovens em perigo**, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

CÓDIGO DEONTOLÓGICO DA ORDEM DOS MÉDICOS, Revista da Ordem dos Médicos, nº 3 (Março), 1985.

COELHO, Francisco Manuel Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de, **Curso de direito de família. Introdução. Direito Matrimonial**, vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

COMUNIDAD AUTONÓMA DE ANDALUCÍA, **Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada**, disponível em <http://www.juntadeandalucia.es/boja/2003/210/1>, acesso em 10.09.2014.

COMUNIDAD AUTONÓMA DE CASTILLA Y LEÓN, **Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud**, disponível em <http://www.saludcastillayleon.es/institucion/es/recopilacion-normativa/asistencia-sanitaria/prestaciones-derechos/ley-8-2003-8-abril-derechos-deberes-personas-relacion-salud>, acesso em 10.09.2014.

COMUNIDAD AUTONÓMA DE CASTILLA – LA MANCHA, **Ley 6/2005, de 7 de julio, sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en materia de la propia salud**, disponível em <http://www.uclm.es/profesorado/balonso/LEY-VOL-ANTIC-CAST-MANCHA.htm>, acesso em 10.09.2014.

COMUNIDAD AUTONÓMA DE GALICIA, **Ley 3/2005, de 7 de marzo, De modificación de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes**, disponível em <https://www.boe.es/boe/dias/2005/04/19/pdfs/A13364-13368.pdf>, acesso em 10.09.2014.

COMUNIDAD DE MADRID, **Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente**, disponível em <http://www.madrid.org/wleg/servlet/Servidor?cdestado=P&nmnorma=2983&opcion=VerHtml>, acesso em 10.09.2014.

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE NAVARRA, **Ley foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica de Navarra**, disponível em <http://www.lexnavarra.navarra.es/detalle.asp?r=3109>, acesso em 10.09.2014.

COMUNIDAD AUTONÓMA DE VALENCIA, **Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana**, disponível em http://www.docv.gva.es/portal/ficha_disposicion_pc.jsp?sig=0421/2003&L=1, acesso em 10.09.2014.

CONSELHO DA EUROPA, **Convenção para a Proteção dos Direitos dos Homens e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina**, de 04 de Abril de 1997, disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/164.htm>, acesso em 08.09.2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, **Resolução 1.995/2012**, publicada no Diário Oficial em 31 de Agosto de 2012, disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf, acesso em 05.09.2014.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, **Parecer 11/CNECV/95 sobre aspetos éticos dos cuidados de saúde relacionados com o final da vida**, (relator Daniel Serrão), Junho de 1995.

_____. **Parecer 45/CNECV/05 sobre o estado vegetativo persistente**, Fevereiro de 2005.

_____. **Parecer 46/CNECV/05 sobre objeção ao uso de sangue e derivados para fins terapêuticos por motivos religiosos**, Junho de 2005.

_____. **Relatório sobre o estado vegetativo persistente**, (relatores António Vaz Carneiro, João Lobo Antunes, António Falcão), Fevereiro de 2005.

_____. **Parecer 57/CNECV/09 sobre o Projeto de Lei n.º 788/X – “Direitos dos doentes à informação e ao consentimento informado”**, (relatores Daniel Serrão e João Lobo Antunes), Julho de 2009.

_____. **Parecer n.º 59/CNECV/2010 sobre os projetos relativos às declarações antecipadas de vontade**, (relatores Lucília Nunes, Michel Renaud e Rosalvo Almeida), Dezembro de 2010.

COUNCIL OF EUROPE. **Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: convention on human rights and biomedicine**, disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/164.htm>, acesso em 08.09.2014.

CORREIA, Eduardo, **Direito Criminal**, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1971.

CORREIA, Ferrer, **A procuração na teoria da representação voluntária**, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. XXIV, Coimbra Editora, Coimbra, 1948.

COSTA, Américo de Campos, **Breves notas sobre a menoridade e as incapacidades no anteprojecto do código civil (1ª revisão ministerial)**, in Boletim do Ministério da Justiça, nº 133, 1964.

COSTA, José F. de Faria, **Anotação ao artigo 139º do Código Penal**, in **Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial**, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, tomo I, Coimbra 1999.

_____. **Em redor da noção de ato médico**, in As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal – uma perspetiva integrada, Org. COSTA, José de Faria, GODINHO, Inês Fernandes, Coimbra Editora, 1ª ed, 2010, pp. 379-399.

_____. **O fim da vida e o direito penal**, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

_____. **O perigo em direito penal**, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.

_____. **Vida e morte em direito penal (esquisto de alguns problemas e tentativas de autonomização de um novo bem jurídico)**, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Janeiro – Junho 2004.

DADALTO, Luciana, **Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12**, in Revista de Bioética, vol. 21, n.º1, Brasília, Janeiro – Abril de 2013, pp. 106 - 112.

DANTAS, Eduardo, **Diferenças entre o consentimento informado e a escolha esclarecida como excludentes de responsabilidade civil na relação médica x paciente**, in Lex Medicinæ, Ano 4, n.º 8, 2007.

DEODATO, Sérgio, **Manifestação antecipada de vontade e exercício de enfermagem**, in Revista da Ordem dos Enfermeiros, n.º 36, Dezembro 2010, p.05.

DIAS, Jorge de Figueiredo, **A ajuda à morte: uma consideração jurídico-penal**, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 137, nº 3949, Março – abril de 2008.

_____. **Anotação ao artigo 131.º**, in Comentário Conimbricense do Código Penal –Parte Especial, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, tomo I., Coimbra, 1999.

DINIZ, Maria Helena, **O estado atual do biodireito**, Editora Saraiva, 3ª ed., São Paulo, 2006.

DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, **O poder paternal. Contributo para o estudo do seu atual regime**, in AAFDL, Lisboa, 1989.

DWORKIN, Ronald, **Life's Domination. An argument about Abortion and Euthanasia**, Londres: Harper Collins Publishers, 1993.

ESPANHA, **Ley n.º 14/1986**, de 25 de Abril, *Ley General de Sanidad*, disponível em http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/114-1986.html, acesso em 07.09.2014.

_____. **Ley n.º 41/2002**, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 15 nov. 2002.

EPIFÂNIO, Rui, **A promoção dos direitos das crianças e jovens e a prevenção das situações de perigo, Direito tutelar de menores – o sistema de mudança**, Coimbra Editora, Coimbra 2002.

FARIA, Maria Paula Ribeiro, **A lei do sangue – ou o conflito entre o respeito pela autonomia da pessoa e defesa da vida e da integridade física**, in Direito e justiça, Lisboa, vol. 12, tomo 1, 1998, pp. 259 – 276.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, **Teoria Geral do Direito Civil**, vol. I, 4ª edição, Editora LEX, Lisboa, 2007.

FERREIRA, Nuno. **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, 2007.

FIDALGO, Sónia, **Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa**, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

FRAGA, Francisco Jordano, **La capacidad general del menor**, in Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984.

FULCHERON, Hughes, **Autorité Parentale et Parents Désunis**, Editions du CNRS, 1985.

GERSÃO, Eliana, LOPES, Manuela Baptista, ANDRADE, Miguel, CLEMENTE, Rosa Maria, **Relatório relativo à aplicação, em Portugal, da Convenção sobre os Direitos da Criança**, in Revista Infância e Juventude, n.º 2, Abril – Junho, 1994.

GLANZ, Semy, **A família mutante – sociologia e direito comparado**, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2005.

GOLDIM, José Roberto, **Caso Nancy Cruzan: retirada de tratamento**. Porto Alegre: UFRGS, 2005, <http://www.ufrgs.br/bioetica/nancy.htm>, acesso em 10.09.2014.

GOMES, Júlio, **A mediação e o divórcio. A experiência norte-americana**, in Scientia Jurídica, tomo XXXVIII, Braga, 1989.

GONÇALVES, Luiz da Cunha, **Tratado de Direito Civil em comentários ao Código Civil português**, vol. II, Coimbra Editora, 1930.

GONZÁLEZ, Isabel Lázaro, **Los menores en el Derecho Español**, Editora Tecnos, Madrid, 2002.

GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato, **Ainda sobre menores e consultas de planeamento familiar**, in Revista do Ministério Público, ano 3, vol. 10, Lisboa, 1982.

KANT, Immanuel, **Fundamentação da metafísica dos costumes**, Lisboa, 70ª ed., 2008.

LEAL, Ana Teresa e Outros, **Poder Paternal e Responsabilidades Parentais**, 2ª ed., Lisboa, Quid Juris Sociedade Editora, 2010.

LEANDRO, Armando Gomes, **Poder paternal: natureza, conteúdo, exercícios e limitações. Algumas reflexões da prática judiciária**, Editora Almedina, Coimbra, 1986.

LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, **Código Civil Anotado**, Vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

LOPES, Maria Manuela Baptista, FONSECA, Antônio Carlos Duarte, **Aspetos da relação jurídica entre pais e filhos**, Revista Infância e Juventude, nº 4, Outubro – Dezembro, ano 1988.

LOUREIRO, João Carlos, **Advance directives: a portuguese approach**, in *Lex Medicinæ*, Ano 5, n.º 09, 2008.

_____. **Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito**, in *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 4, Abril – Maio 2008, Edição CEB.

_____. **Metáfora do Vegetal ou Metáfora do pessoal? – Considerações jurídicas em torno do estado vegetativo crónico**, in *Cadernos de Bio-Ética*, n.º 8, Dezembro – 1994, Coimbra, Edição CEB.

MACHADO, João Baptista, **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**, Coimbra, Almedina 7.ª reimp., 1994.

MACHADO, M^a do Céu, *et al.*, **A morte e o morrer em Portugal**, Coleção Olhares sobre a saúde, Coimbra, Edições Almedina, 2011.

MARREIROS, Guilhermina, **O regime jurídico da tutela dos direitos dos menores em Portugal**, in *Revista Infância e Juventude*, n.º 2, Abril – Junho, 1999.

MARTINS, J. C. Amado, BERNARDA, Gonçalo, CAETANO, Cláudia e outros, **Capacidade para consentir – Avaliar para maximizar a autonomia**, in *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 09, Dezembro 2009.

MARTINS, Rosa, **A criança, o adolescente e o ato médico. O problema do consentimento**, Comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

_____. **Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental**, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

_____. **Poder paternal vs. autonomia da criança e do adolescente?**, in *Lex Familiae*, ano 1, n.º 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 65 – 74.

_____. **Processos de Jurisdição Voluntária. Ações de regulação do poder paternal. Audição do menor**, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXVII, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

_____. **Responsabilidades Parentais no séc. XXI**, *Lex Familiae – Revista Portuguesa do Direito de Família*, Ano V, n.º 10, 2008, pp. 25 – 40.

MEDINA, Graciela; RODRÍGUEZ, Hugo. **El reconocimiento del testamento o voluntades anticipadas por via judicial**. Disponível em <http://derechoymedicina.webcindario.com/documentos/testamentovital.pdf>, acesso em 27.08.2014.

MELIÁ, Manuel Cancio, **Consentimento en el tratamiento médico y autonomía. Algunas reflexiones desde la perspectiva española**, in Revista Brasileira de Estudos Criminais, São Paulo: RT, n.º 96, 2012.

MELO, Helena Pereira de, NUNES, Rui, **Testamento Vital**, Editora Almedina, Coimbra, 2011.

MINAHIM, Maria Auxiliadora, **O direito e o dever de morrer, a complexidade de um tema**, in Vida, morte e dignidade humana, Coordenação PEREIRA, Tânia Silva, MENEZES, Rachel Aisengart, BARBOZA, Heloisa Helena, CZ Editora, Rio de Janeiro, 2010.

MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV – Direitos Fundamentais, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Jorge, **Sobre o poder paternal**, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano XXXII, Editora Almedina, Coimbra, Janeiro – Dezembro, 1990.

MÓNICA, Maria Filomena, **A Morte**, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011.

MONTEIRO, A. Reis, **A revolução dos direitos das crianças**, Editora Campos das Letras, Porto, 2002.

MORÃO, Helena, **Eutanásia passiva e dever médico de agir ou omitir em face do exercício da autonomia do paciente**, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 16, Janeiro – Março de 2006.

MOREIRA, Sónia, **A autonomia do menor no exercício dos seus direitos**, in Scientia Iuridica, n.º 291, tomo L, Braga, 2001, pp. 159 – 194.

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

OLIVEIRA, Guilherme de, **Acesso dos menores aos cuidados de saúde**, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 132.º, n.º 3839, Coimbra, 1999, pp. 16 – 19.

_____. **A criança maltratada**, in Temas de Direito de Família, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

_____. **Direito Biomédico e Investigação Clínica**, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 130, n.º. 3881 e n.º 3882.

_____. PEREIRA, André G. Dias, **Livro prático sobre o consentimento informado**, Centro de Direito Biomédico, 2006, disponível em «

<http://www.centrodedireitobiomedico.org/files/ConsInfLivroPratico.pdf>», acesso em 12.09.2014.

_____. **Proteção dos menores / Proteção familiar**, in Temas de Direito de Família, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

_____. **O fim da arte silenciosa**, Temas de Direito da Medicina, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

OLIVEIRA, Nuno, **Autonomia, dignidade e transplantação de órgãos**, in Pessoas Transparentes – Questões Actuais de Bioética, organizadores Manuel Curado e Nuno Oliveira. Coimbra, Almedina, 2010.

ORDEM DOS ENFERMEIROS, **Parecer do Conselho Jurisdicional da Ordem dos Enfermeiros n.º 245/2010**, sobre a vontade anteriormente manifestada para decisões de fim de vida.

OSSWALD, Walter, **A quem cabe a decisão, no caso dos incapazes?**, in Acção Médica, vol. 63, n.º 3, Julho – Setembro de 1999, pp. 5-8.

_____. **O que é qualidade de vida?**, in Cadernos de Bio-Ética, n.º 4, Dezembro de 1992, Edição CEB, Coimbra, pp. 9-27.

_____. **Testamento vital – Perspetiva médica: consentimento informado, declarações antecipadas de vontade, procuradoria de cuidados de saúde, acesso ao processo clínico, um projecto de lei estilo “cavalo de Tróia”**, in Brotéria, n.º 5/6, vol. 168, 2009.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, **A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica**, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

_____. **Declarações antecipadas de vontade: vinculativas ou apenas indicativas?**, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, org. Manuel da Costa Andrade et. al, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

_____. **Novos desafios da responsabilidade médica: uma proposta para o Ministério Público**, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/NovosDesafios.pdf>, acesso em

_____. **O consentimento informado na experiência europeia**, I Congresso Internacional sobre: “ Os desafios do direito face às novas tecnologias”, Ribeirão Preto, 10 de Novembro de 2010, Estudo Geral, 2010.

_____. **O consentimento informado na relação médico-paciente : estudo de direito civil**, 1.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

_____. **O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico**, in Boletim da Faculdade de Direito, volume LXXVI, Coimbra, 2000.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos, **Relação médico-paciente: O respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar**, Lumen Iuris Editora, Rio de Janeiro, 2011.

PINHEIRO, Joaquim, **A autonomia na pessoa com doença crónica**, in Revista Portuguesa de Bioética, n.º 09, Dezembro de 2009.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, **Teoria geral do direito civil**, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra 2005.

PORTO RICO. Ley n. 160 del año de 2001. **Ley de declaración previa de voluntad sobre tratamiento médico en caso de sufrir una condición de salud terminal o de estado vegetativo persistente**. Disponível em <http://www.lexjuris.com/lexlex/leyes2001/lex2001160.htm>, acesso em 07.09.2014.

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

RAPOSO, Vera Lúcia, **Diretivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida**, in Revista do Ministério Público, 125, Janeiro – Março, 2011.

RENNAUD, Isabel, RENNAUD, Michel, **O testamento vital – Elementos de análise**, in Revista Portuguesa de Bioética, 9, Dezembro – 2009, Edição CEB, Coimbra, pp. 321-329.

_____. **A qualidade da vida – merece toda a vida ser vivida?**, in Revista Portuguesa de Bioética, 7, Maio 2009, Edições CEB.

RENNAUD, Michel, **Antropologia da morte**, in Cadernos de Bioética, Ano XVII, n.º 40, Abril, 2006.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **A eterna busca da imortalidade humana: a terminalidade da vida e a autonomia**. Bioética, Brasília, v. 13, n.º 2, Dezembro 2005, pp. 112-120.

_____. **Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. (Autonomy: to live one's own life and to die one's own death)**. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 22, n.º 1, 2006, pp. 109-118.

_____. **Eutanásia, suicídio assistido, distanásia e suspensão de esforço terapêutico**. Revista Consulex, Brasília, n.º 199, 2005, pp. 34-35.

RIBEIRO, Geraldo Rocha, **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, 2010.

_____. **A proteção do incapaz adulto no direito português**, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

RODRIGUES, Almiro Simões, **Interesse do menor (contributo para uma definição)**, in Revista Infância e Juventude, n.º 1, Janeiro-Março, 1985.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, **Consentimento Informado: pedra angular da responsabilidade criminal do médico**, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

RODRIGUES, João Vaz, **O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português**, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

RODRIGUES, Anabela Miranda, **Repensar o direito dos menores em Portugal – utopia ou realidade?**, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 7, Fasc. 1, Coimbra Editora, Coimbra, Janeiro – Março, 1997.

RODRÍGUEZ-ARIAS, David, **Una muerte razonable: testamento vital y eutanasia**, Bilbao, Desclée De Brouwer, 2005.

ROGÉRIO, Joaquim Sabino, **Living will – reflexão sobre o que se discute e se propõe. Enfoque jurídico-penal**, in Lex Medicinæ, Ano 5, n.º 10, 2008.

ROQUE, Helder, **Regulação do exercício do poder paternal – A situação do progenitor não detentor da guarda ou a outra face do poder paternal**, in Volume comemorativo dos 10 anos do curso de pós-graduação “Proteção de menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

SÁ, Eduardo, **O poder paternal**, in Volume comemorativo dos 10 anos do curso de pós-graduação “Proteção de menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

SAIAS, Marco Alexandre, **A Convenção sobre os Direitos das Crianças**, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2002.

SANCHÉZ, Cristina López, **Testamento vital y voluntad del paciente**, Dykinson, S.L., Madrid, 2003.

SANCHO, Paulo, **Testamento vital**, in Acção Médica, Ano LXVI, n.º 2, Junho, 2002.

SANTOS, Laura Ferreira dos, **Testamento vital – O que é? Como elaborá-lo?**, Porto, Sextante Editora, 2011.

SÉNECA, Lúcio Aneu, **Cartas a Lucílio**, traduzido por J. A. Segurado e Campos, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

SERRÃO, Daniel, **A dignidade humana no mundo pós-moderno**, in Revista Portuguesa de Bioética, n.º 11, Julho 2010, Edição CEB.

_____. **Autonomia – um difícil conceito**, in Revista Portuguesa de Bioética, n.º 08, Setembro 2009, Edição CEB.

_____. **Testamento vital – O que é?**, disponível em http://amcp.com.sapo.pt/textos/testamento_vital_Daniel_Serrao.pdf, acesso em 15.09.2014.

SIMÕES, Almiro Rodrigues, **Interesse do Menor (Contributo para uma definição)**, Revista Infância e Juventude, n.º 1, Janeiro – Março de 1985.

SOARES, Natália Fernandes, **Direitos da Criança: utopia ou realidade**, in Revista Infância e Juventude, n.º 4, Outubro – Dezembro, 1997.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, **A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a Reforma de 1977 - Direito da Família e das Sucessões**, In Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra.

SOUSA, António Pais de, MATIAS, Carlos Frias de Oliveira, **Da incapacidade jurídica dos menores, interditos e inabilitados no âmbito do código civil**, 2ª edição atual., Editora Almedina, Coimbra, 1983.

SOUZA, Rabindranath Capelo de, **O Direito Geral de Personalidade**, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

_____. **Teoria geral do direito civil**, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

URUGUAY, **Ley N.º 18.473**, de 21 de Abril de 2009, **Voluntad Anticipada**, disponível em <http://200.40.229.134/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18473&Anchor>, acesso em 07.09.2014.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, **Teoria Geral do Direito Civil**, Coimbra, Almedina, 6.ª ed., 2010.

VAZQUEZ, José Maria Castan, **La resolucion del Consejo de Europa sobre la edad de la plena capacidad jurídica**, in Revista de Derecho Privado, tomo LVII, Madrid, 1973.

VÍTOR, Paula Távora, **A administração do património das pessoas com capacidade diminuída**, Centro de Direito de Família, 10, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

_____. **Pessoas com capacidade diminuída: promoção e/ou proteção**, Congresso sobre o direito da infância, da juventude e do envelhecimento, Centro de Direito da Família, 9, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

_____. **Procurador para cuidados de saúde – Importância de um novo decisor**, in Lex Medicinæ, Ano 1, n.º 1, 2004, pp. 121 – 134.

ANEXOS

Em **2014** ter um Testamento
Vital é um novo direito dos
Cidadãos Portugueses.

RENTEV
REGISTO NACIONAL DO TESTAMENTO VITAL

Formulário de
Diretiva Antecipada de Vontade (DAV)

DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE (DAV)

Eu atestigo a partir do estado presente na Lei n.º 73/2013, de 18 de Junho, a presente documento ter sido devidamente elaborado de acordo com a lei, tendo a oportunidade de ler e compreender os seus efeitos e as consequências de não o fazer, e de não ser obrigado a assiná-lo, e de não ser obrigado a assiná-lo, e de não ser obrigado a assiná-lo, e de não ser obrigado a assiná-lo.

Este documento, que sobreviverá mesmo caso de doença e incapacidade e não seja acompanhado nem de qualquer outro documento público, é por si só válido e suficiente para qualquer situação.

IDENTIFICAÇÃO DO DECLARANTE

Nome: _____
 Dia, Identificação: ____/____/____ País: _____
 Nacionalidade / Nacionalidade: _____
 Nº Utente: _____ Data de nascimento: _____
 Morada: _____
 C. Postal: _____ País: _____
 Contacto eletrónico: _____

Pretendo nomear meu Procurador de Cidadão de Saúde.

Nome: _____
 Dia, Identificação: ____/____/____ País: _____
 Nacionalidade / Nacionalidade: _____
 Nº Utente: _____ Data de nascimento: _____
 Morada: _____
 C. Postal: _____ País: _____
 Contacto eletrónico: _____

SPMS
Serviços Partilhados do Ministério da Saúde

PORTUGAL
REPÚBLICA

O que é o Testamento Vital?

O Testamento Vital é um documento onde o cidadão pode inscrever os cuidados de saúde que pretende ou não receber e permite também a nomeação de um procurador de cuidados de saúde.

Em 2014 ter um Testamento Vital é um novo direito dos Cidadãos Portugueses.



Como preencher o Testamento Vital?

Para simplificar o processo, o Cidadão pode aceder ao Portal do Utente, descarregar o formulário com o Modelo de Diretiva Antecipada de Vontade, preencher e entregar no ACES ou ULS da sua área de residência.

Desta forma, o Testamento Vital será registado num sistema informático da saúde, o RENTEV. O RENTEV é o Registo Nacional do Testamento Vital e mantém atualizada a informação relativa aos Testamentos Vitais, assegurando a sua disponibilização atempada, quando for necessário.



Como consultar o Testamento Vital?

Num contexto de urgência ou de tratamento específico, o Médico Assistente poderá consultar o Testamento Vital do utente, através do Portal do Profissional, garantindo assim que a vontade anteriormente expressa é cumprida.

O próprio utente pode, através do Portal do Utente, verificar que o seu Testamento Vital está correto, ativo, dentro do prazo, acompanhando todos os acessos que são feitos pelos médicos.

DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE (DAV)

Ao abrigo e para os efeitos previstos na Lei n.º 25/2012, de 16 de julho, o presente documento traduz a minha manifestação antecipada da vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que desejo receber, ou que não desejo receber, no caso de, por qualquer razão, me encontrar incapaz de expressar a minha vontade pessoal e autonomamente.

Este documento, que subscrevo sendo maior de idade e capaz e não me encontrando interdito ou inabilitado por anomalia psíquica, é por mim unilateral e livremente revogável a qualquer momento.

IDENTIFICAÇÃO DO OUTORGANTE

Nome

Doc. Identificação

Nº

Val.

Nacionalidade / Naturalidade

Nº Utente

Data de nascimento

Morada

C. Postal

País

Tel.

Correio eletrónico

 Pretendo nomear meu Procurador de Cuidados de Saúde _____

Nome

Doc. Identificação

Nº

Val.

Nacionalidade / Naturalidade

Nº Utente

Data de nascimento

Morada

C. Postal

País

Tel.

Correio eletrónico

SITUAÇÃO CLÍNICA EM QUE A DAV PRODUZ EFEITOS

Quando me encontrar incapaz para expressar a minha vontade autonomamente, em consequência do meu estado de saúde física e/ou mental, e se verificarem uma ou mais das seguintes hipóteses:

(preencher as hipóteses aplicáveis)

- Me ter sido diagnosticada doença incurável em fase terminal
- Não existirem expectativas de recuperação na avaliação clínica feita pelos membros da equipa médica responsável pelos cuidados, de acordo com o estado da arte
- Inconsciência por doença neurológica ou psiquiátrica irreversível, complicada por intercorrência respiratória, renal ou cardíaca
- Outras:

CUIDADOS DE SAÚDE A RECEBER/NÃO RECEBER

Assim, manifesto a minha vontade clara e inequívoca de:

(preencher as hipóteses aplicáveis)

- Não ser submetido a reanimação cardiorrespiratória
- Não ser submetido a meios invasivos de suporte artificial de funções vitais
- Não ser submetido a medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte
- Participar em estudos de fase experimental, investigação científica ou ensaios clínicos
- Não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental
- Recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos
- Interromper tratamentos que se encontrem em fase experimental ou a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos, para os quais tenha dado prévio consentimento
- Não autorizar administração de sangue ou derivados
- Receber medidas paliativas, hidratação oral mínima ou subcutânea
- Serem administrados os fármacos necessários para controlar, com efetividade, dores e outros sintomas que possam causar-me padecimento, angústia ou malestar
- Receber assistência religiosa quando se decida interromper meios artificiais de vida (crença: _____)
- Ter junto de mim, por tempo adequado e quando se decida interromper meios artificiais de vida, a pessoa que aqui designo: _____ (nome), _____ (contacto).

Outras:

Outras considerações pessoais ou eventuais motivações das minhas decisões.

VALIDADE

1. Esta declaração é eficaz durante 5 anos a contar da data da sua assinatura, podendo ser renovada nos termos da Lei n.º 25/2012, de 16 de julho.
2. Caso seja solicitado o registo no RENTEU, o mesmo só produz efeitos após receção pelo outorgante da informação de conclusão do processo.

OUTORGANTE

Local Data Hora h m

Assinatura conforme
doc. de identificação civil

MÉDICO (opcional)

Declaro que prestei as explicações que me foram solicitadas pelo Outorgante relativas a este documento e ao seu estado de saúde.

Nome Cédula

Assinatura conforme
doc. de identificação civil

NOTÁRIO / FUNCIONÁRIO DO RENTEU

(perante o qual a DAV foi assinada)

Nome Id. Civil

Assinatura conforme
doc. de identificação civil

(é favor carimbar/selar)

NOTAS

1. Antes de subscrever este documento, recomenda-se que debata previamente o assunto com um profissional de saúde da sua confiança, ou com a equipa de saúde que o cuida.
2. Pode optar pela subscrição da Declaração Antecipada de Vontade, pela designação de um procurador de cuidados de saúde, ou por ambos.

3 de 3

Balcões RENTEU

Coordenação	Balcão RENTEU	Endereço	Código Postal
ARS Alentejo	ACES Alentejo Central	Rua Ferragial do Poço Novo	7000-747
ARS Algarve	Agrupamento de Centros de Saúde Algarve I - Central	Urbanização Graça Mira - Lejana de Cima	8009-003
ARS Algarve	Agrupamento de Centros de Saúde Algarve II - Barlavento	Rua Almirante Pinheiro de Azevedo	8500-556
ARS Algarve	Agrupamento de Centros de Saúde Algarve III - Sotavento	Estrada de Santa Luzia, s/n	8800-534
ARS Centro	Agrupamento de Centros de Saúde Baixo Mondego	Av. Bissaya Barreto nº 52 3º	3000-075
ARS Centro	Agrupamento de Centros de Saúde Baixo Vouga	Av. Dr. Lourenço Peixinho, N. 42 2º	3804-502
ARS Centro	Agrupamento de Centros de Saúde Cova da Beira	Av. 25 de abril	6200-034
ARS Centro	Agrupamento de Centros de Saúde Dão Lafões	Av. António José de Almeida - Edifício MAS	3514-511
ARS Centro	Agrupamento de Centros de Saúde Pinhal Interior Norte	Av. do Brasil	3200-201
ARS Centro	Agrupamento de Centros de Saúde Pinhal Litoral	Av. Heróis de Angola nº 59 1º	2401-903
ARS LVT	ACES 01 - Lisboa Norte	Largo Prof. Arnaldo Sampaio	1549-010
ARS LVT	ACES 02 - Lisboa Central	Rua Carvalho Araújo, nº 103- 7º,	1900-138
ARS LVT	ACES 03 - Lisboa Ocidental e Oeiras	Av. Salvador Allende	2780-163
ARS LVT	ACES 04 - Cascais	Rua Egas Moniz, nº 9010 S.João do Estoril	2765-005
ARS LVT	ACES 05 - Amadora	Rua Capitão Plácido Abreu nº 2	2700-156
ARS LVT	ACES 06 - Sintra	Rua Teixeira de Pascoais - Massamá	2745-852
ARS LVT	ACES 07 - Loures-Odivelas	Urbanização Terraços da Ponte de Sacavém	2685-101
ARS LVT	ACES 08 - Estuário do Tejo	Quinta das Drogas Edifício do Centro de Saúde	2615-042
ARS LVT	ACES 09 - Almada-Seixal	Rua D. Branca Saraiva de Carvalho, n.º 9-C	2845-452
ARS LVT	ACES 10 - Arco Ribeirinho	Rua José Cárcamo Lobo	2835-423
ARS LVT	ACES 11 - Arrábida	Av. Das Descobertas Urb. Vale do Cobro	2910-711

Coordenação	Balcão RENTEU	Endereço	Código Postal
ARS LVT	ACES 12 - Oeste Norte	Rua do Centro de Saúde Caldas da Rainha	2500-241
ARS LVT	ACES 13 - Oeste Sul	Rua Fernando Barros Leal Torres Vedras	2560-253
ARS LVT	ACES 14 - Médio Tejo	Rua do Bairro Novo n.8 Constância	2350-365
ARS LVT	ACES 15 - Lezíria	Av. José Saramago, 15 - 17 Santarém	2005-143
ARS NORTE	ACES Alto Tâmega e Barroso	Fonte do Leite - Vale de Anta	5400-261
ARS NORTE	ACES Aveiro Norte	Rua Prof. Ângelo da Fonseca, 186 - Lações de Cima	3720-287
ARS NORTE	ACES Baixo Tâmega	Rua Nova - S. Gonçalo	4600-093
ARS NORTE	ACES Barcelos/Esposende	Urbanização de São José	4750-253
ARS NORTE	ACES Braga	Largo Paulo Orósio	4700-036
ARS NORTE	ACES Douro Norte	Rua Miguel Torga, 12 F - S. Diniz	5000-524
ARS NORTE	ACES Douro Sul	Espaço Eurocidadão - Encosta dos Remédios	5100-054
ARS NORTE	ACES Espinho/Gaia	Rua 37, 700	4500-330
ARS NORTE	ACES Famalicão	Rua do Pavilhão - Delães V.N.Famalicão	4765-628
ARS NORTE	ACES Feira/Arouca	Rua Prof. Egas Moniz, nº 7	4520-244
ARS NORTE	ACES Gaia	Rua D. Maria Costa Basto, s/n	4430-381
ARS NORTE	ACES Gerês/Cabreira	Rua 25 de Abril	4720-393
ARS NORTE	ACES Gondomar	Rua Actor Mário Viegas	4435-076
ARS NORTE	ACES Grande Porto I - Santo Tirso/Trofa	Rua Jornal de Santo Tirso	4780-484
ARS NORTE	ACES Guimarães/Vizela/Terras de Basto	Rua Francisco Fernandes Guimarães	4810-503
ARS NORTE	ACES Maia/Valongo	Avenida Luís de Camões, n.º 290, 3.º andar	4440-004
ARS NORTE	ACES Porto Ocidental	Rua do Molhe nº 182	4150-502
ARS NORTE	ACES Porto Oriental	Rua Vale Formoso, 466	4200-510
ARS NORTE	ACES Póvoa de Varzim/Vila do Conde	Rua Dr. António José de Sousa Pereira	4480-807
ARS NORTE	ACES Vale Sousa Norte	Avenida Major Arrochela Lobo - Silvares	4620-697
ARS NORTE	ACES Vale Sousa Sul	Travessa Rua Marquês do Pombal	4560-682

Coordenação	Balcão RENTEU	Endereço	Código Postal
ULSAM	ACES Alto Minho	Rua José Espregueira nº96-126	4900- 871
ULSBA	Direção ACES BA	Rua António Sardinha, 15 1.º andar	7800-447
ULSCB	ACES Beira Interior Sul	Av. da Europa, Ap. 110	6000-491
ULSCB	Aces Pinhal Interior Sul	Praceta Frei Rodrigo Egidio, Ap. 42	6150-999
ULSGuarda	ULSGuarda	Avenida Rainha D. Amélia	6300-858
ULSLA	Agrupamento de Centros de Saúde Alentejo Litoral	Rua Vitor Manuel Ribeiro da Rocha	7570-256
ULSLA	Agrupamento de Centros de Saúde Alentejo Litoral	Vale Pêgas de Baixo	7630-236
ULSLA	Agrupamento de Centros de Saúde Alentejo Litoral	Rua Hospital Conde Bracial	7540-166
ULSLA	Agrupamento de Centros de Saúde Alentejo Litoral	Rua Júlio Gomes da Silva, 15 - A	7520-219
ULSLA	Agrupamento de Centros de Saúde Alentejo Litoral	Avenida José Saramago	7580-206
ULSLA	Hospital do Litoral Alentejano	Monte Gilbardinho	7540-230
ULSM	ACES da ULS Matosinhos	Rua Dr. Eduardo Torres	4464-513
ULSNA	Unidade Local de Saúde do Norte Alentejano, EPE	Av. Santo António , Portalegre	
ULSNA	Unidade Local de Saúde do Norte Alentejano, EPE	Rua Mariana Martins, Elvas	
ULSNE	Centro de Saúde Alfândega da Fé	Avenida Nova	5350-009
ULSNE	Centro de Saúde Bragança - Sé	Rua Eng. Adelino Amaro da Costa	5300-146
ULSNE	Centro de Saúde Bragança - Stª Maria	Av Cidade de Leon	5300-440
ULSNE	Centro de Saúde Carrazeda de Ansiães	Av. Eng. Camilo de Mendonça	5140-073
ULSNE	Centro de Saúde Freixo de Espada à Cinta	Largo Sarmento Rodrigues	5180-122
ULSNE	Centro de Saúde Macedo de Cavaleiros	Av. Dr. Urze Pires	5340-273
ULSNE	Centro de Saúde Miranda do Douro	Rua D. Dinis	5210-217
ULSNE	Centro de Saúde Mirandela I	Av. dos Bombeiros Voluntários	5370-206
ULSNE	Centro de Saúde Mirandela II	Rua Santa Catarina	5370-359
ULSNE	Centro de Saúde Mogadouro	Rua Congregação S. Vicente Paulo, nº 136	5200-207
ULSNE	Centro de Saúde Torre de Moncorvo	Av. das Amendoeiras	5160-304

Coordenação	Balcão RENTEU	Endereço	Código Postal
ULSNE	Centro de Saúde Vila Flôr	Av. Dr. Francisco Guerra	5360-301
ULSNE	Centro de Saúde Vimioso	Av. Alcanices	5230-308
ULSNE	Centro de Saúde Vinhais	Rua José Morais Sarmiento, 128	5320-334
ULSNE	ULS Nordeste	Av. Dr. Urze Pires	5340-263