



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Sofia Marques Correia Rodrigues da Silva

**O TESTAMENTO VITAL: RENÚNCIA AO
DIREITO À VIDA?**

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de mestre), na área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, orientada pela Professora Doutora Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Outubro de 2020



Sofia Marques Correia Rodrigues da Silva

O Testamento Vital: renúncia ao Direito à Vida?

Living Will: Renunciation of the right to life?

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses
(conducente ao grau de mestre).*

Orientadora: Professora Doutora Ana Mafalda Castanheira Neves de
Miranda Barbosa

Coimbra, 2020

*“Não concordo com o que dizes,
Mas defenderei até à morte o direito de o dizeres.”*

(Voltaire)

*À minha Mãe e à minha Irmã,
as duas grandes mulheres da minha vida:
sei que conto sempre com a vossa mão enquanto descubro o meu caminho.*

Agradecimentos

A todos os meus amigos, os que já trazia comigo e os que Coimbra me deu, que estiveram do meu lado nos bons e maus momentos.

À minha orientadora, a Excelentíssima Senhora Doutora Mafalda Miranda Barbosa, pela disponibilidade, atenção e incentivo durante os meses de elaboração da minha dissertação.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e a Coimbra, que foram a minha segunda casa durante o meu percurso académico e onde vivi os melhores anos da minha vida.

Resumo

O direito à vida é um pilar básico e fundamental no ordenamento jurídico em que vivemos. A sua importância leva a que este seja inviolável, constituindo crime os actos que o coloquem em causa, nomeadamente as situações que levam a mortes provocadas e não naturais, como por exemplo a morte medicamente assistida. Posto isto, justifica-se que se explore o consentimento informado médico e a relação médico-paciente, sendo matérias importantes para posterior abordagem do testamento vital e das suas características.

Mais assim, tendo em conta os avanços na medicina e na sociedade, as directivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, entram em vigor com a Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho, que vem reforçar o respeito pela autonomia e vontade dos pacientes. Sendo estas uma forma de interrupção ou abstenção de tratamentos e intervenções médicas por vontade do paciente, é necessário reflectir até que ponto este documento não é uma verdadeira renúncia à vida, possibilitando a prática da eutanásia, punível em Portugal.

Posto isto, vamos iniciar este estudo com a abordagem ao direito à vida, como direito subjectivo, como direito constitucionalmente consagrado e como direito de personalidade, mencionando igualmente qual é a sua tutela no ordenamento jurídico português. Numa segunda fase, explora-se a matéria do consentimento informado médico, incluindo os seus requisitos e o seu procedimento, essencial para posteriormente compreender melhor a análise da Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho. Por fim, pretende-se a compatibilização entre as ideias defendidas nos primeiros capítulos e as regras acerca do testamento vital, para que se consiga dar resposta à problemática que é tema desta dissertação.

Palavras-chave: direito à vida, consentimento informado, consentimento informado médico, testamento vital, autonomia, directivas antecipadas da vontade

Abstract

The right to life is a basic and fundamental pillar of the legal system in which we live. Its importance means that it is inviolable, and acts that question it constitute a crime, in particular the situations that lead to caused and unnatural deaths, such as medically assisted death. Having said that, it is justified to explore medical informed consent and the doctor-patient relationship, important matters for a later approach to the living will and its characteristics.

Moreover, in view of the advances in medicine and society, advance directives for medical decisions, in particular in the form of a living will, enter into force with Law no.25/2012, of July 16th, which reinforces the respect for the autonomy and the will of the patients. Since these are a form of interruption or abstention from medical treatments and interventions at the patient's will, it is necessary to reflect on the extent to which this document is not a true renunciation of life, enabling the practice of euthanasia, punishable in Portugal.

Having said that, this study starts with the approach to the right to life, as a subjective right, as a constitutional right and as a personality right, also mentioning what its protection in the Portuguese legal system is. In a second phase, the subject matter of medical informed consent is explored, including its requirements and its procedure, essential to further understand the analysis of Law no.25/2012, of July 16th. Finally, it is intended to align the ideas defended in the first chapters and the rules of the living will, in order to address the matter on which this dissertation focuses.

Keywords: right to life, informed consent, medical informed consent, living will, advance directives for medical decisions, autonomy

Abreviaturas

Art(s). – Artigo(s)

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão)

CC – Código Civil

Cfr. – Conforme

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

Ed. - Edição

N.º e n. – Número

Pág(s). – Página(s)

Ss. – Seguintes

RENTEV- Registo Nacional do Testamentos Vital

Vd - Vide

Vol. - Volume

Nota adicional:

A presente dissertação foi escrita com o antigo acordo ortográfico, com a exceção das citações que seguem o novo acordo ortográfico e onde este é respeitado.

Índice

| | |
|---|----|
| I) Introdução..... | 11 |
| 1) Formulação do problema..... | 11 |
| 2) Importância teórico-prática do problema..... | 13 |
| II) O direito à vida..... | 14 |
| 1. O conteúdo do direito à vida..... | 14 |
| 2. A tutela do direito à vida..... | 24 |
| 3. O fundamento ético-axiológico do direito subjectivo e do direito à vida..... | 30 |
| III) O consentimento como forma de limitação voluntária dos direitos da personalidade.... | 37 |
| 1. Consentimento como uma forma de exercício da autonomia..... | 37 |
| 2. Os limites do consentimento:..... | 40 |
| a) bons costumes..... | 40 |
| b) ordem pública..... | 40 |
| c) fundamento axiológico dos direitos da personalidade..... | 40 |
| 3. O consentimento como um consentimento informado..... | 42 |
| 4. O problema do consentimento nas intervenções médicas..... | 48 |
| a) o direito à autodeterminação sobre o próprio corpo..... | 48 |
| b) os limites do consentimento do paciente..... | 50 |
| c) o médico entre a salvaguarda da vontade do paciente e a salvaguarda da vida.... | 52 |
| IV) O Testamento Vital e a Lei n.º 25/2012 de 16 de Julho..... | 56 |
| 1) Directivas Antecipadas da Vontade – Testamento Vital..... | 56 |
| a. Conceito e Conteúdo..... | 56 |
| b. Requisitos de Capacidade..... | 57 |
| c. Forma..... | 57 |
| d. Limites..... | 57 |
| e. Eficácia, Modificação e Revogação..... | 58 |
| f. Procuração de cuidados de saúde..... | 59 |
| 2) Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV)..... | 61 |
| a) Organização e funcionamento – Portaria n.º 96/2014..... | 61 |
| 3) Direito Comparado..... | 62 |
| a) Países da Europa..... | 62 |
| b) Brasi..... | 62 |

| | |
|--|----|
| V) Compatibilização entre as ideias defendidas nos primeiros capítulos e as regras acerca do testamento vital..... | 64 |
| 1) Os limites do testamento vital | 64 |
| 2) A salvaguarda do direito à vida..... | 66 |
| 3) Morrer e dar a morte..... | 67 |
| VI) Conclusão..... | 69 |
| Bibliografia..... | 71 |
| Jurisprudência e Legislação..... | 74 |

I) Introdução

1) Formulação do problema

A presente dissertação tem como finalidade tratar da questão do testamento vital, uma das formas que as directivas antecipadas da vontade podem assumir, especialmente indagando em que medida a sua celebração pode ou não provocar uma verdadeira renúncia ao direito à vida.

Tendo em conta todas as evoluções ao longo dos tempos na área da Medicina e do Direito, cruzando-se estas em diversas problemáticas, o testamento vital é actualmente reconhecido no nosso ordenamento jurídico, encontrando-se o seu regime legalmente fundamentado na Lei nº25/2012, de 16 de Julho. Este avanço feito tanto ao nível tecnológico como ao nível do conhecimento, devido a inúmeras e importantes descobertas médicas, faz com que a maneira como se pratica medicina, em Portugal e no Mundo, tenha mudado consideravelmente, especialmente nas últimas décadas, surgindo assim máquinas de suporte de vida, novas técnicas e tratamentos para doenças até então incuráveis, entre outros tantos feitos que vieram melhorar a capacidade de tratar, cuidar e ajudar os pacientes. Note-se que tudo isto é feito a par do reconhecimento da liberdade e autonomia das pessoas para manifestar a sua vontade (de forma capaz) quando estão perante qualquer uma destas questões de foro médico, nomeadamente a possibilidade destas realizarem directivas antecipadas de vontade, inclusive sob forma de testamento vital.

Posto isto, com base na definição de testamento vital na Lei supramencionada, esta directiva antecipada de vontade é um documento unilateral, onde uma pessoa que se encontre plenamente capaz manifesta a sua vontade consciente, sem constrangimentos e devidamente esclarecida de receber ou não cuidados de saúde, seja em situações em que está em causa tão só a continuidade da sua qualidade de vida e a dignidade com que o faz, tanto nos casos supervenientes em que não é possível indagar qual seria a sua vontade, devido à situação em que se encontra. Em face desta formulação legal, levanta-se o problema se este não irá assim colocar em causa o ilimitável e irrenunciável direito à vida.

A não sujeição ou interrupção de tratamentos e cuidados médicos num paciente com doença grave terá, com grande probabilidade, como desfecho seguro a sua morte. Por conseguinte, a aceitação que tal facto ocorra é colocar em causa o que o nosso ordenamento

jurídico defende: a ilicitude da limitação do direito à vida. Não sendo lícito limitar o direito à vida, tal tem como resultado a proibição da eutanásia na nossa Ordem Jurídica, sendo igualmente ilícito o suicídio. Contudo, importa ressaltar que, este ano (2020), a discussão sobre o tema da eutanásia fez com se aprovasse a sua futura legalização.

Assim sendo, é de elevada importância explicitar quais os limites que o testamento vital deve conhecer, articulando o problema com a questão do consentimento, consciente, livre e esclarecido, que deve ser prestado pelo paciente e com a delimitação das hipóteses em que o médico pode actuar, contra a vontade ou na ausência de vontade do paciente, para salvaguardar a sua vida, sob pena de criar uma antinomia no próprio sistema jurídico e de se abdicar do sustentáculo ético-axiológico, que faz do direito verdadeiramente uma ordem de direito e do direito.

Tendo em conta ao supramencionado, num primeiro momento irei debruçar-me sobre o tópico do direito à vida, como direito subjectivo, analisando-o não só do ponto de vista dogmático, mas também axiológico. Seguidamente, abordarei a questão do direito à autodeterminação e à informação para um consentimento esclarecido, passando depois para a análise da Lei nº.25/2012 de 16 de Julho com o fim de compreender o que é e o que engloba o testamento vital no ordenamento jurídico português, fazendo o paralelo com outros países que adoptam esta figura. Por fim, irei reflectir se esta renúncia ao direito à vida acaba por ser verdadeiramente uma alternativa à eutanásia, ou mesmo ao suicídio.

2) Importância teórico-prática do problema

Funcionando como um elemento base da protecção da pessoa humana, o direito à vida tutela todas as vidas, incluindo as “vidas em declínio”. Assim sendo, a elaboração de um testamento vital abre uma porta à violação deste importantíssimo direito.

O direito à vida não admite a sua limitação e renúncia, não se podendo configurar um qualquer expediente para se contornar esta proibição, levantando a realização de um testamento vital inúmeros problemas a este nível visto que não se engloba numa situação excepcional prevista como a legítima defesa. Importa salientar que não se pode contornar a proibição da eutanásia com o testamento vital, sendo esta mais do que uma mera imposição do legislador, constituindo um verdadeiro imperativo sem o qual o ordenamento jurídico e o direito desaparece. Por conseguinte, apenas se pode admitir o testamento vital até ao ponto que não contende com o direito à vida.

Assim sendo, a realização deste documento levanta a questão de que a sua elaboração não seja mais do que apenas uma alternativa a seguir pelas pessoas que não podem ter como opção a eutanásia, por esta ser ilícita, sendo o testamento vital visto como quase um acto de auxílio ao suicídio do paciente.

Por conseguinte, a análise da Lei n.º 25/2012 de 16 de Julho vai permitir perspectivar de uma forma mais clara os problemas que surgem quando se fala do testamento vital, especialmente o artigo 5.º, onde estão enunciados os seus limites, de forma a encontrar resposta se efectivamente os problemas anteriormente mencionados não implicam considerar o testamento vital juridicamente inexistente. Para além disto, a análise da forma como actua neste campo a autodeterminação do paciente em matérias de cuidados médicos, assim como a maneira que o consentimento é prestado, são determinantes para compreender a elaboração de um testamento vital, sobretudo tendo em conta os poucos requisitos de capacidade que o artigo 4.º da Lei n.º 25/2012 de 16 de Julho enuncia.

II) O direito à vida

1) O conteúdo do direito à vida

O reconhecimento da personalidade jurídica é “(...) para além de um princípio normativo, a aceitação de uma estrutura lógica sem a qual a própria ideia de Direito não é possível”.¹ Como se pode observar segundo o art.66.º/1 do Código Civil, esta é atribuída, a partir do nascimento completo e com vida, a todo o ser humano, passando assim a pessoa a ter aptidão para ser um centro de imputação de direitos e obrigações jurídicas. Por conseguinte, considera-se um pressuposto lógico do direito. Todavia, o ser pessoa (sujeito jurídico) neste sentido técnico-jurídico não se confunde nem coincide obrigatoriamente com o conceito de ser humano. Para além do mais, o ser sujeito jurídico é algo que está igualmente ligado à dignidade humana, sendo assim uma qualidade indispensável a este, nomeadamente no que toca à sua vivência com os outros, na concretização dos seus objectivos e interesses.²

Um sujeito jurídico, tendo aptidão para ser titular de direitos e obrigações, é-lhe intrínseco ser sempre titular de determinados direitos e obrigações dos quais não pode abdicar, nomeadamente os chamados direitos absolutos. Estes direitos absolutos sobrepõem-se aos demais, “(...) incidindo sobre os vários modos de ser físicos e morais da sua personalidade.”³, constituindo estes assim os direitos de personalidade, cujo objecto é a própria pessoa. Os direitos da personalidade, tal como mencionado anteriormente, visto que incidem sobre diversas vertentes do ser, nomeadamente sobre a vida da pessoa, constituem um núcleo de direitos fundamentais, dos quais a esfera jurídica de cada sujeito não pode prescindir, sendo o conteúdo mínimo da capacidade de gozo das pessoas singulares. A estes, o direito civil confere protecção, sendo que a sua violação pode corresponder a vários tipos de ilícito, não só um ilícito civil mas também um ilícito criminal, dependendo da situação e do facto em questão.⁴

¹ Cfr. MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4º ed., 2005, pág.98.

² Cfr. MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4º ed., 2005, págs.98 a 100.

³ Cfr. MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4º ed., 2005, pág.100.

⁴ Cfr. MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4º ed., 2005, págs.100 e 101.

Como supra referido, é no momento do nascimento completo e com vida que se adquire a personalidade jurídica, sendo este o seu começo. Já a morte é o momento quando a mesma cessa, nos termos do art.68.º/1 do CC, articulado com a Lei n.º.141/99 de 28 de Agosto, no que diz respeito aos termos a que esta corresponde para os efeitos (cessação irreversível das funções do tronco cerebral).⁵ Assim se conclui que “A personalidade jurídica é a qualidade de ser pessoa no Direito.”⁶

Por conseguinte, os direitos de personalidade, desde que surgiram no nosso ordenamento jurídico, foram sujeitos a diversas alterações na sua forma de entendimento, sendo que a nossa actual perspectiva destes difere em diversos pontos da que inicialmente se adoptava. De uma forma não exaustiva, importa referir então esta evolução do pensar dos direitos de personalidade. Assim sendo, no período antecedente ao Código Civil de 1867, são diversos os autores que contribuem para a compreensão dos direitos das pessoas enquanto tal, sendo que a consagração como direitos da personalidade na Ordem Jurídica portuguesa surge somente após o Iluminismo e das Reformas Paulinas. Entre estes autores, encontra-se Mello Freire, que, marcando fortemente o pensamento jurídico com a sua influência iluminista, nos seus textos, começa por reconhecer direitos aos cidadãos e às pessoas que, contudo, ainda não se identificam com os direitos de personalidade que hoje reconhecemos. Igualmente contribuíram para a evolução do pensamento nesta época Borges Carneiro, Corrêa Telles, Coelho da Rocha, e Vicente Ferrer Neto Paiva, cada um com diferentes contributos para o pensar destes direitos, nomeadamente este último, que já trata do direito de personalidade, surgindo na parte em que este fala dos direitos absolutos nos seus textos, como qualidade que destes resulta. Podia pensar-se assim que, anteriormente à época do Iluminismo Jusracionalista, não haveria então meios de protecção da pessoa. Porém, esta afirmação não corresponde à verdade. Leite Campos defende-o, explicando que

⁵ Cfr. MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4º ed., 2005, págs.201 a 205. Vd a este respeito, na mesma obra citada, a condição dos nascituros, que se relaciona com o começo da personalidade jurídica, condição especial para o momento anterior ao nascimento completo e com vida, podendo estes dividir-se em categorias conforme sejam concebidos ou não concebidos, reconhecendo-lhes assim direitos (apesar de estes estarem dependes e surgirem após o nascimento). Já quanto à morte, sendo o termo da personalidade jurídica, cessa com esta os direitos e deveres jurídicos detidos pela pessoa. A este propósito, levanta-se a questão da lesão do direito à vida, que entre nós é aceite, admitindo-se inclusive a indemnização (nomeadamente a pecuniária) como meio para atingir tal fim. Posto isto, é relevante mencionar que existem contudo posições discordantes, tais como a de Pires de Lima e Antunes Varela.

⁶ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.5.

na sociedade existiam outras formas de defesa destes direitos e que “(...) havia, à época uma menor necessidade de tutela, fruto da compreensão do cosmos como uma ordem iluminada por Deus como causa suprema.”⁷. Assim se entende que os direitos de personalidade só tenham surgido posteriormente, quando o Homem abandonou este entendimento, “(...) com a desagregação da ordem natural tradicional, pelo individualismo e pelo nominalismo, e com a absolutização do sujeito, convolado em indivíduo, que se torna urgente a tematização dos direitos de personalidade.”^{8,9}

Posteriormente, António Luiz de Seabra, autor do projecto do primeiro Código Civil em Portugal, defende a perspectivização e construção dos direitos de personalidade através da propriedade, sendo esta concebida amplamente e não somente às coisas corpóreas do art.1302.º do Código Civil, e igualmente definindo e enumerando (alargando-se esta lista do projecto para o Código Civil) os direitos originários, incluindo o direito de existência (que compreende, não só mas também, o direito à vida). Com Guilherme Moreira, no séc. XX, período decorrente entre o primeiro e segundo Código Civil, defende-se que “os direitos da personalidade não são originários nem inerentes à natureza humana, são reconhecidos ao homem pela ordem jurídica. A personalidade, no que respeita aos indivíduos, existe na própria pessoa, é natural, mas só ganha relevância jurídica quando é reconhecida pela ordem jurídica.”¹⁰, sendo clara neste a mudança de posição sobre o pensamento destes direitos. Importa mencionar que outros autores contribuíram nesta época, com especial atenção para Manuel de Andrade, que através da sua transposição de art.1.º, número 1, do BGB, dá origem ao art.66º./1 do Código Civil, aceitando assim que a personalidade jurídica surge no momento do nascimento (completo e com vida).¹¹

Por fim, no Código Civil de 1966, passam a ser previstos legalmente com o seu artigo 70.º, os direitos de personalidade (tal como o chamado direito geral de personalidade) adoptam um novo lugar na Ordem Jurídica, autonomizando-se e posicionando-se

⁷ Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Princípiã, 1ªed., 2017, pág.183.

⁸ Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Princípiã, 1ªed., 2017, pág.183.

⁹ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, págs. 11 a 14.

¹⁰ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, págs.20 e 21.

¹¹ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, págs.14 a 32.

superiormente aos demais direitos. Já a vigorar o Código Civil actual, destacam-se Pires de Lima e Antunes Varela, que inovam o entendimento dos artigos 70.º e 71.º, importantes para a compreensão do pensar hodierno sobre a responsabilidade civil decorrente das ofensas aos direitos integrantes da personalidade e das providências que se devem tomar na sua tutela. Assim se aceita este entendimento dos direitos de personalidade decorrente deste Código, sendo actualizada ao longo dos anos, doutrinal e jurisprudencialmente, na forma de ensino de Teoria Geral, designadamente por Pinto Monteiro e Mota Pinto. Devido a todas estas contribuições ao longo dos tempos, chega-se ao pensamento jurídico que hoje adoptamos dos direitos de personalidade, em termos de características e tutela dos mesmos.¹²

Os direitos de personalidade são uma realidade actualmente aceite e reconhecida no nosso ordenamento jurídico. Apesar de tal não ser aceite desde sempre, diversos autores, ao longo dos anos, foram debatendo, formando-se “(...)correntes de opinião que se podem sistematizar de acordo com um duplo binómio: de um lado, encontramos a oposição entre os autores que falam do reconhecimento de direitos de personalidade e aqueles outros que os entendem como atribuídos pelo ordenamento jurídico; de outro lado, a clivagem entre os juristas que recusam a categoria e os que a aceitam, sem restrições.”¹³ Aliás, estes direitos de personalidade surgem como uma tentativa de controlar os comportamentos abusivos do Estado, e, assim sendo, impõem-se ao próprio legislador, não sendo ele que os atribui mas sim que os reconhece.

Para além de tudo o que foi exposto, fala-se igualmente da existência do direito geral de personalidade, estando este presente no artigo 70.º do Código Civil, e dos direitos especiais de personalidade. Este sistema dual passou por uma evolução histórica até chegar à sua configuração actual, sendo original do direito alemão e mais tarde recebido pela doutrina portuguesa por inúmeros autores, nomeadamente Orlando de Carvalho e Sinde Monteiro, assim como pelos diversos Tribunais. Todavia, é igualmente necessário mencionar que os direitos de personalidade são uma categoria controversa na doutrina,

¹² Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, págs.32 a 46. Vd, nesta mesma obra, os vários autores que nos últimos anos têm contribuído para se entender cada vez mais e melhor esta temática, como Capelo de Sousa e Menezes Cordeiro.; MOTA PINTO, Paulo, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, Almedina, 1ªed., 2018, pág.492.

¹³ Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Princípia, 1ªed., 2017, págs.182 a 184. Vd , na mesma obra citada, na página 185, que, apesar de actualmente ser aceite que os direitos da personalidade são reconhecidos, no nosso ordenamento jurídico existem autores, como Guilherme Moreira e José Tavares, que defendem que estes são atribuídos pela Ordem Jurídica.

havendo autores que defendem que a tutela da pessoa não tem de passar pela tutela dos direitos de personalidade. A título exemplificativo, Oliveira de Ascensão é contra a transposição para a lei portuguesa de um direito geral de personalidade.¹⁴ Posto isto, “A tutela geral da personalidade corresponde sem dificuldade a um direito geral de personalidade, desde que se entenda o direito de personalidade como direito subjectivo.”¹⁵.

Não existe apenas esta divisão, havendo a problemática de se perceber se o direito à personalidade se assume como direito subjectivo ou direito objectivo, questão que aprofundarei num dos capítulos posteriores desta dissertação, onde a sua abordagem tem maior pertinência.

Falando-se da existência de um direito geral da personalidade, olha-se para este como uma unidade, decorrente de ter como seu objecto a pessoa globalmente considerada, tutelando-a enquanto complexo unitário e respeitando a sua dignidade. Logo, quando se fala em direitos especiais de personalidade, o objecto por estes tutelado já será um determinado elemento/bem da personalidade humana. Contudo, a unidade dita característica do direito geral de personalidade não é colocada em causa pela tipificação dos diversos direitos especiais de personalidade. Existirão tantos direitos especiais de personalidade quantos são as manifestações de personalidade humana, não havendo assim um elenco taxativo destes, sendo a sua sistematização legal meramente exemplificativa, podendo outros surgir (nomeadamente por via jurisprudencial e por via da doutrina). Mais assim, pode-se dizer que o direito geral de personalidade é o direito fundante dos direitos especiais de personalidade, que vão a este buscar o seu objecto, funcionando como formas descentralizadas de tutela jurídica da personalidade. São assim tipos representativos os direitos especiais de personalidade consagrados na lei e na doutrina. “Dentro da perspectiva exposta, os direitos da personalidade podem ser tipificados, como paradigmas mais importantes da tutela da personalidade e como concretizações mais relevantes do princípio do respeito pela

¹⁴ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, págs.61 a 64.

¹⁵ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.64.

personalidade, em direito à vida, à integridade física e psíquica, à inviolabilidade moral, à honra e à privacidade.”^{16, 17}

Tal como o sobredito, o direito geral de personalidade, que se encontra previsto no art.70.º do CC, constitui a regra geral, sendo que os tipos representativos previstos legalmente não podem ser considerados alternativos a esta. Isto é, o direito geral de personalidade relaciona-se com os direitos especiais de personalidade nos mesmos termos que os regimes gerais se relacionam com os regimes especiais. Mais assim, estes últimos consagram um regime próprio, sendo verdadeiramente manifestações típicas e não casos especiais, estabelecendo o legislador para estes uma regulamentação especial, não deixando todavia de lhes ser aplicável a regra geral do art.70.º. Faça ao supra aduzido, não se considera que a tipificação de direitos especiais de personalidade seja um limite material do direito geral de personalidade. “Por um lado, porque não é esse o seu sentido: não responde a uma necessidade de delimitar para excluir os casos que lhe sejam exteriores, mas antes facultam modelos e critérios de decisão e de concretização. Por outro lado, como tipos ideais com origem em tipos reais de frequência, são fragmentários e não cobrem a totalidade de casos possíveis: traduzem apenas a tipificação de casos frequentes.”¹⁸. Além do referido, comumente aceite é a diferença da técnica legislativa presente nos artigos da regra geral e dos tipos representativos, sendo que, sumariamente, o primeiro se rege de acordo com a técnica conceptual subsuntiva e os segundos seguem o método tipológico, podendo aplicar-se conjuntamente. Posto isto, tendo em conta o caso em concreto, se este for legalmente típico, rege-se pelo artigo do direito especial a que corresponde, seguindo o seu regime próprio, concretizando-se conjuntamente com a regra geral do art.70.º e os artigos 71.º e 81.º, também do CC. Por outro lado, se este for um caso típico, mas não sistematizado legalmente, recorre-se às regras gerais dos artigos 70.º, 71.º e 81.º do CC, aplicando-se, quando necessário, para a sua concretização os critérios que constam dos tipos legais que com ele tenham analogia, sempre com as devidas adaptações. Não sendo uma situação que se englobe em nenhuma das opções anteriores, correspondendo assim a um caso legal mas socialmente

¹⁶ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.65.; CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 3ªed., 2012, pág.206.

¹⁷ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, págs.64 e 65.

¹⁸ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.66.

atípico, subjugar-se às regras gerais, com a ressalva de ser possível a concretização com algum critério, devidamente adaptado, de algum tipo representativo que lhe seja análogo.¹⁹

“Não é possível, portanto, pensar em direito sem pensar em direitos das pessoas.”²⁰ Os direitos de personalidade são direitos gerais, todos os membros da comunidade jurídica são titulares destes direitos, tutelando assim a generalidade do Homem enquanto pessoa, sendo igualmente direitos inatos, surgindo com o próprio surgimento da pessoa e, por isso, são tutelados mesmo antes do sujeito nascer, com excepção de dois deles: o direito ao nome (e a pseudónimo), que só é adquirido quando o nome é inscrito no registo civil, e o direito de autor, pois este só se adquire com a produção de uma obra, que seja originada. Não há nenhuma pessoa que não seja titular deste direito porque não há nenhum ser humano que não tenha dignidade de pessoa humana. A irrenunciabilidade é também uma das características destes direitos subjectivos em sentido estrito, visto que uma pessoa renunciar estes direitos é renunciar o seu estatuto enquanto tal e a sua dignidade, não sendo aceites comportamentos que atentem contra esta. São direitos absolutos, não dominiais (não há livre disposição sobre estes) e extrapatrimoniais, ou seja, não susceptíveis de avaliação pecuniária, “(...) são direitos pessoais, não só no sentido que não serem direitos patrimoniais, mas sobretudo por serem direitos ligados, estreita, directa e indivelmente, à pessoa do seu titular e que, portanto, como é regra nos direitos pessoais, não são transmissíveis, *inter vivos* ou *mortis causa* (não sendo, pois, hereditáveis).”²¹ Sendo tendencialmente indisponíveis, podendo tais ser limitados somente em situações excepcionais e voluntárias, não contrárias aos princípios do ordenamento jurídico, sob pena de, mesmo quando prestado consentimento livre e esclarecido, constituir facto ilícito. Visto que a essencialidade é igualmente uma característica destes direitos, em regra geral, estes são parte integrante dos direitos fundamentais.²²

O direito geral de personalidade tutela o Homem concreto historicamente situado, não o Homem abstracto, decorrendo desta premissa o direito à diferença, não podendo o

¹⁹ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.66.

²⁰ Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Princípia, 1ªed., 2017, pág.185.

²¹ Cfr. MOTA PINTO, Paulo, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, Almedina, 1ªed., 2018, pág.479.

²² Cfr. MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4ªed., 2005, pág.101; MOTA PINTO, Paulo, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, Almedina, 1ªed., 2018, págs.478 a 480.

direito ser inovado para legitimar comportamentos que atentem contra a dignidade humana. Para além do exposto, tutela igualmente o Homem na relação com os outros. A pessoa titular deste direito é um ser dinâmico, tendo que se atender às diversas fases evolutivas do ser humano, existindo assim três fases de análise dinâmica do direito geral de personalidade, estabelecidas por Capelo de Sousa, sendo estas a fase pré-natal, a fase do Homem já nascido e a fase “post mortem”, sendo que, em cada uma delas, a tutela destes direitos tem diferenças.

“Os tipos legais de direitos de personalidade não são direitos subjectivos autónomos, mas antes poderes que integram o direito subjectivo de personalidade e que contribuem para o seu êxito na tutela da personalidade sempre que agredida em certos aspectos que, pela reiteração se tornaram típicos.”²³. Os tipos legais de direitos de personalidade sistematizados legalmente incluem o direito à integridade física, à inviolabilidade moral, à honra, à privacidade, à identidade pessoal, ao nome, à imagem e à vida (que se pode dizer que será o mais importante de todos eles). Consegue-se assim constatar que se tutela a este nível o Homem como complexo bio-psíquico-somático.²⁴

Decorrente do mencionado anteriormente, é assim de extrema importância enquadrar o direito à vida nas diversas dicotomias e categorias cuja existência se observa actualmente nos direitos de personalidade, de modo a entender melhor o seu âmbito da sua atuação. Desde logo, importa referir que estamos a tratar de um direito que é parte integrante da chamada personalidade jurídica singular, que se caracteriza pela sua supra legalidade e por ser própria das pessoas humanas, descartando-se aqui a personalidade jurídica colectiva, caracterizada pela sua legalidade e por tratar de forma semelhante às pessoas humanas casos de entidades ou grupos que não o são. Falamos assim que “a pessoa humana constitui o fundamento ético-ontológico do Direito.”²⁵

Os direitos fundamentais “(...) são direitos do homem, jurídico-constitucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente.”²⁶, e, o direito à vida,

²³ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.68.

²⁴ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.68.

²⁵ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.6.

²⁶ Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 7ª ed., 2007, pág.393.

um dos direitos de personalidade reconhecidos, é parte integrante dos chamados direitos, liberdades e garantias, uma das classificações jurídico-constitucionais com maior relevo. O direito à vida é, deste modo, um dos direitos de personalidade que é igualmente direito fundamental. Formalmente consagrado no artigo 24.º da Constituição da República Portuguesa, encontra-se assim no seu número 1 que “a vida humana é inviolável”, consagrando o seu número 2 a pena de morte é estritamente proibida, sabendo que “o reconhecimento da dignidade humana e da sua inviolabilidade (...) implica, (...) o reconhecimento do direito à vida, entendido como o direito à conservação da vida.”²⁷. O direito à vida funciona como elemento base da protecção humana, neste se tutelam todas as vidas, não havendo distinção alguma entre estas pois não existe o conceito de que existem vidas mais valiosas que outras. Este direito caracteriza-se pela sua indisponibilidade, tendo em conta o carácter, muitas vezes, irreversível das lesões à vida humana. Não sendo possível haver qualquer atentado contra a vida, assumindo diversas formas fora da formulação típica do direito à vida, suscitam-se diversos problemas nas zonas periféricas deste tipo representativo e, assim decorre deste direito a ilicitude de vários actos que colocam em causa a vida humana. Mais assim, hoje em dia, apesar da controvérsia à volta deste tema, é já lícita a interrupção voluntária da gravidez nas situações consagradas legalmente no art.142.º do CP, apesar de um feto/embrião ser “(...) uma vida nascente (...) e que tem já uma dignidade própria.”²⁸. Para além disto, a eutanásia, temática problemática em diversos campos da sociedade, continua a ser ilícita em Portugal, não sendo assim possível a interrupção voluntária da própria vida. Retira-se daqui que este direito engloba igualmente as vidas em declínio, apesar de permitir a administração de medicamentos, por parte de médicos, com intenção de minorar o sofrimento do paciente, que causam o encurtamento da vida. O auxílio ao suicídio é igualmente ilícito, art.135.º do CP, “(...) intuição suicida do doente que pede ao médico que lhe provoque a morte.”²⁹, tal como o homicídio a pedido da vítima, art.134.º do CP. Quanto ao acto de suicídio, apesar de este não ser punido criminalmente, a sua

²⁷ Cfr. MOTA PINTO, Paulo, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, Almedina, 1ªed., 2018, pág.434.

²⁸ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.69.

²⁹ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.70.

ilicitude decorre da indisponibilidade da vida humana. Porém, o seu incitamento ou ajuda já são crimes puníveis pelos arts.135.º e 139.º do CP.³⁰

O direito à vida é o “(...) mais importante direito de personalidade, pois sem o seu reconhecimento, pode dizer-se, todos os outros perdem sentido e utilidade.”³¹. Caracteriza-se assim pela constante preocupação de verificar a inviolabilidade do bem jurídico vida, “(...) cuja manutenção o integridade passa a ser objecto da lei, no caso, a própria constituição.”³². Como direito fundamental, são seus titulares todos os seres humanos e, como sobredito, a forma de limitação deste direito é a legítima defesa, cumpridos os pressupostos do art.32.º do CP.³³

³⁰ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, págs.68 a 70.

³¹ Cfr. MOTA PINTO, Paulo, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, Almedina, 1ªed., 2018, pág.434.

³² Cfr. GARCIA, Maria, «A inviolabilidade constitucional do direito à vida.», *Revista do Direito Constitucional e Internacional*, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Ano 16 (Out.-Dez.2008), n.65, ISSN 1518-272X, pág.197.

³³ Cfr. GARCIA, Maria, «A inviolabilidade constitucional do direito à vida.», *Revista do Direito Constitucional e Internacional*, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Ano 16 (Out.-Dez.2008), n.65, ISSN 1518-272X, págs.193 a 201.

2) A tutela do direito à vida

Como se pode retirar do art.70.º/1 do CC, sempre que um dos elementos da personalidade humana, cuja protecção neste se integre, seja lesado, o comportamento do sujeito que originou a lesão ao direito é ilícito. Desencadeia-se, como consequência, a responsabilidade civil, cujos requisitos têm de ser preenchidos. Mais assim, como se observa no n.º 2 do mesmo artigo, encontram-se outros meios de tutela para além da responsabilidade civil, como as providências especiais de defesa da personalidade, que podem surgir na forma de providências preventivas ou de providências atenuantes. Importa referir que os direitos subjectivos têm como característica a eficiência, isto porque é necessário que se consiga prosseguir o fim do seu titular. Todavia, visto que a personalidade humana é tão fundamental, a sua tutela é reforçada devido à maior exigência de êxito destes direitos subjectivos de personalidade.³⁴

Como supramencionado, o art.70.º/2 do CC consagra três meios de tutela civil para a defesa da personalidade, sendo que cada um tem a sua finalidade, não estando assim num mesmo plano, não obstante nada aponta para que estes mecanismos não possam ser cumulativamente usados: “(...) de um lado há a responsabilidade civil, que tem como finalidade o ressarcimento, em termos patrimoniais, dos danos materiais e morais sofridos pelas vítimas; de outro lado estão os remédios directos.”³⁵.

No que toca particularmente às providências especiais, estas terão sempre de se ajustar ao caso em concreto, sendo esta a única indicação da lei no que toca à sua natureza e conteúdo, fazendo com que o juiz que as vai decretar usufrua de uma grande margem de discricionariedade. Tal não invalida que este actue sem critério ou sem moderação, fazendo-o com especial atenção à menor perturbação possível de terceiros.³⁶

³⁴ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.126. Vd, na mesma obra citada, na página 125, que “o carácter genérico da formulação legal suscitou crítica, por parte de Castro Mendes, que lhe preferia uma enumeração de direitos da personalidade. Pensamos, todavia que a formulação é feliz, porque tem elasticidade suficiente para resistir ao envelhecimento do Código e ao surgimento de novas ameaças e lesões à personalidade.”. De notar a crítica feita, pelo mesmo autor, à ilicitude das lesões, que também não é por nós apoiada.

³⁵ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.127.

³⁶ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.127.

Quando se pretende impedir a consumação de uma ameaça numa lesão de um direito de personalidade, deve ser requerida uma providência preventiva. A existência deste meio de tutela surge devido a ser praticamente impossível reparar uma lesão de um direito de personalidade, sobretudo quando está em jogo o direito à vida. Devido à premência de prevenir tais ofensas, antes ou em simultâneo com o requerimento inicial da providência preventiva, são requeridas igualmente providências cautelares. Para proceder ao requerimento de providências preventivas, o sujeito está condicionado à obtenção de forma antecipada de dados que indiquem que este corre perigo de lesão do seu direito de personalidade, assim como sobre a eventualidade desta ocorrer, o que torna difícil (mas não impossível), na maioria dos casos, conseguir reunir informações prévias ao acontecimento do acto lesivo para que a vítima possa reagir atempadamente. Assim se conclui que não há obrigatoriedade de contactar o ofensor antes de requerer a providência, visto que tal comportamento poderia colocar em causa a defesa do direito, aumentando o risco de lesão. Por conseguinte, a providência preventiva traduzir-se-á numa ordem de abstenção de um determinado comportamento, com vista à não produção do acto lesivo do direito.³⁷

No âmbito das providências atenuantes, o que se pretende é, perante a consumação da actividade lesiva (ou do início desta), minimizar os efeitos sofridos pelo lesado, na medida do possível, sendo que a lesão já não é reparável. Esta providência será igualmente aplicada nos casos em que o sujeito procedeu ao requerimento de uma providência especial preventiva, desconhecendo que “(...)a ofensa se consumou já, ou que a lesão teve início ou mesmo consumação depois da acção (...)”³⁸, sendo que o juiz decretará a providência tendo em conta o momento em que se encontra a questão quando este a aprecia, sendo o conteúdo das providências atenuantes heteróclito.³⁹

De forma abreviada, importa mencionar que este processo especial de requerimento de providências tem como nota a celeridade, estando previsto legalmente nos artigos 1474.º e 1475.º do CPC.

³⁷ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, págs.128 a 130.

³⁸ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade* Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.130.

³⁹ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.130.

Como sobejamente aduzido, a ofensa de direitos de personalidade pode gerar igualmente a responsabilidade civil, um dos princípios fundamentais do Direito Civil. O personalismo ético transmite a ideia de que no centro do Direito Civil está a pessoa, que é inteiramente livre dentro de uma liberdade eticamente conformada. Sendo assim, a liberdade está interligada com a responsabilidade. A actuação concreta da pessoa tem associada uma série de deveres de cuidado em relação ao outro, sendo a partir deste princípio que se projecta a responsabilidade civil (arts. 483.º e 562.º do CC). A pessoa é livre, mas, caso lese o outro, nomeadamente os seus direitos de personalidade, torna-se responsável, sendo que a responsabilidade civil faz surgir a obrigação de indemnizar. Mais assim, esta obrigação de indemnizar assume dois tipos, sendo que o primeiro traduz-se na reparação natural, colocando o lesado na situação em que se encontraria sem a ocorrência da actividade lesiva, e o segundo que, na impossibilidade, insuficiência ou da grande oneração que acarretaria a restituição natural, recorre a uma indemnização pecuniária (art.566.º do CC). Posto isto, sabendo que a responsabilidade civil não se pode analisar como um todo unitário e que existem diversas modalidades de responsabilidade civil, a que importa para os casos de lesão de direitos de personalidade, mais concretamente do direito à vida, é a responsabilidade extracontractual. Igualmente designada por responsabilidade aquiliana ou delitual, resulta da violação dos direitos absolutos que vinculam todos os membros da comunidade jurídica, que se devem abster de todos os comportamentos que lesem tais direitos. Para o accionamento deste instituto, é necessário estarem preenchidos todos os seus pressupostos, a saber: comportamento ilícito, culpa, dano e nexo de causalidade. Assim sendo, a ilicitude surge, neste caso, pela violação do direito à vida, isto é, pela violação de um direito absoluto, ressalvando que existem outras vias em que esta pode surgir (pela violação de disposições legais de protecção de interesses alheios e pelo abuso do direito). No que concerne à culpa, sendo esta um juízo de censura ético-jurídico ou de reprovação de um comportamento, utiliza-se como padrão do correcto comportamento o *bonus pater familias*, havendo culpa quando a pessoa não age de acordo com este padrão de homem medianamente sensato e diligente. Por sua vez, a culpa dividir-se-á em dolo e negligência. Em sùmula, uma conduta é dolosa quando há uma intenção de causar o dano, sendo este directo quando o sujeito pretende o comportamento lesivo, indirecto ou necessário quando a pessoa aceita o resultado lesivo para a obtenção de um fim, ou eventual quando o agente se conforma com a possibilidade de um resultado lesivo. Já se falará em conduta negligente quando ocorre uma

violação objectiva de deveres de cuidado, podendo esta ser uma negligência consciente, quando o sujeito prevê a lesão confiando porém que esta não se irá realizar, ou inconsciente, quando o agente não chega a prever o acontecimento do resultado lesivo como possível, mas merecendo censura pois, de acordo com o padrão de *bonus pater familias*, era-lhe exigido que a hipótese da lesão fosse equacionada. A letra da lei não aponta para a necessidade de um juízo de culpa para o decretamento das providências especiais, ao contrário do que acontece no âmbito da responsabilidade gerada pela lesão de um direito de personalidade, como o direito à vida, tal como referido. Não há presunção de culpa nestes casos, tendo de se constituir prova. Por outro lado, é necessário que haja dano, uma repercussão negativa que a conduta ilícita tem na esfera do sujeito, existindo danos patrimoniais (ou materiais) e não patrimoniais (ou morais), consoante a sua possível avaliação pecuniária ou não, indemnizando nos primeiros os lucros cessantes (aquilo que a pessoa deixou de ganhar em virtude da lesão, art.564.º/1 do CC) e os danos emergentes (que consistem no que a pessoa perdeu devido ao resultado lesivo). Apesar do sobredito, os danos não patrimoniais, pela sua gravidade, merecem ser ressarcidos em sede indemnizatória (art.496.º/1 do CC). Sem prescindir a necessidade inelutável da premissa do nexo de causalidade (ou nexo da imputação objectiva), porquanto a lesão terá de ter sido gerada pelo comportamento ilícito.⁴⁰

Sendo ilícita a lesão do direito da personalidade, visto que “(...) é contrária ao plano do dever-ser que a personalidade de alguém seja ofendida.”⁴¹, levantam-se, porém, questões sobre esta sempre que a actividade lesiva da qual esta resultou corresponda a um dos casos “(...) da defesa por excepção de direito material, a excepção do exercício de um direito ou do cumprimento de um dever, que exige uma ponderação de interesses que têm de ser pesados uns em face dos outros.”⁴². No caso específico do direito à vida, esta excepção pode ser trazida à colação, nomeadamente em casos como a legítima defesa.

Assim sendo, conclui-se facilmente que a lesão a um direito de personalidade (onde se inclui o direito à vida) resultará para o lesante a obrigação de indemnização, por danos materiais e morais (arts.70.º/1,483.º/1 e 496.º/1 do CC), podendo simultaneamente ser

⁴⁰ Cfr. MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4ªed., 2005, págs.128 a 137; VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.143.

⁴¹ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.136.

⁴² Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.136.

decretadas providências especiais (art.70º/2 do CC, com a modalidade que, atendendo ao caso concreto, for a indicada), ressalvando-se a hipótese de ser tomada uma providência cautelar nos casos em que forem preenchidos os respectivos pressupostos, devido à gravidade e irreversibilidade da actividade lesiva num direito de personalidade.⁴³

“Se é inegável que o direito à vida constitui o sustentáculo da proteção que se dispensa a todos os outros direitos de personalidade, não é menos verdade que a responsabilidade civil emergente da lesão de tal posição jurídica subjectiva sempre se encontrou rodeada de polémica. O debate em torno do dano da morte e dos outros danos que lhe andam associados é disso exemplo.”⁴⁴. Consequentemente, as lesões de direitos de personalidade levantam diversas dificuldades aos tribunais no que toca à liquidação do montante da indemnização. “Já não se indaga até que ponto um determinado sujeito deve indemnizar outro por lhe tirar a vida, mas questiona-se em que medida a vida pode ser encarada como dano.”⁴⁵. Como sobredito, os danos materiais distinguem-se dos danos morais pela possibilidade de avaliação pecuniária, o que complica assim a determinação da quantia indemnizatória que irá compensar, por exemplo, no caso de lesão do direito à vida, a perda.⁴⁶

Atente-se que, dentro da responsabilidade extracontractual, surgem determinadas situações em que, apesar de haver uma lesão a um direito, a conduta não é considerada ilícita, sendo assim casos de exclusão de ilicitude, como a legítima defesa (art.337.º do CC), a acção directa (art.336.º/3 do CC), o consentimento do lesado (art.340.º do CC) e o estado de necessidade (art.339.º do CC), alguns destes com especial importância nas lesões ao direito à vida.

A tutela ao direito à vida é assim vasta, podendo largar mão a estes mecanismos, dependendo sempre do caso em concreto, sendo que “a lei permite a sua cumulação substantiva, embora a cumulação processual seja vedada pela diferença de formas de processo. Para as questões de responsabilidade, que não seja conexa com a criminal, cabe o

⁴³ Cfr. MOTA PINTO, Paulo, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, Almedina, 1ªed., 2018, pág.501.

⁴⁴ Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda, «Vida como um dano: breve reflexão». *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 1 (2019), ISSN 2184-4542, pág.1145.

⁴⁵ Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda, «Vida como um dano: breve reflexão». *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 1 (2019), ISSN 2184-4542, pág.1145.

⁴⁶ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.147.

processo comum de condenação; quanto às providências, cabe o processo especial de tutela de personalidade, que é um processo de jurisdição voluntária. Não é, pois, possível a sua cumulação processual numa única acção.”⁴⁷.

“A responsabilidade civil e a responsabilidade criminal podem coexistir e ser desencadeadas pelo mesmo facto (factos ilícitos civis e criminais simultaneamente.”⁴⁸. Importa, porém, ressaltar que da responsabilidade criminal resulta na aplicação de uma pena ao sujeito que cometeu o facto ilícito, já não restabelecer para a situação em que estariam os interesses do sujeito ofendido. Mais assim, as ofensas ilícitas ao direito à vida podem igualmente desencadear casos de responsabilidade criminal, nomeadamente em casos de homicídio. Posto isto, pode um sujeito ser simultaneamente condenado a uma pena e à obrigação de indemnização pelos danos sofridos pelo lesado (patrimoniais e/ou não patrimoniais).⁴⁹

⁴⁷ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.136.

⁴⁸ Cfr. MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4ªed., 2005, págs.131.

⁴⁹ Cfr. MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4ªed., 2005, págs.131.

3) O fundamento ético-axiológico do direito subjectivo e do direito à vida

Os direitos de personalidade, desde o seu início, são uma categoria controversa nos diversos aspectos que os compõem, sendo que uma das temáticas debatidas recaiu sobre estes pertencerem à categoria de direitos objectivos ou de direitos subjectivos.

O direito subjectivo surge no seio de uma relação jurídica em sentido restrito, que integra igualmente a correspondente imposição a outro sujeito de um dever jurídico ou sujeição, constituindo assim a estrutura interna desta (isto é, o vínculo que se estabelece entre os sujeitos, havendo um lado passivo – dever jurídico ou sujeição - e um activo – direito subjectivo), podendo assim defini-lo em sentido amplo como “(...) um poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (acção) ou negativo (omissão) ou por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por um acto de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem a outra pessoa (contraparte ou adversário).”⁵⁰. Assim, o titular tem de autonomia e o poder de decisão para exercer ou não o direito.⁵¹

Outrossim, importa entender que a noção em sentido amplo acima mencionada integra dois tipos de direitos subjectivos, sendo o primeiro o direito subjectivo em sentido estrito, que será o poder ou faculdade de forma livre exigir ou pretender de outro sujeito uma determinada acção ou uma omissão. A este corresponde, no lado passivo da relação jurídica, o dever jurídico da contraparte, de fazer ou não fazer determinado comportamento. Será neste âmbito que vamos encontrar os direitos da personalidade, que conferem o poder ao titular de exigir de outrem que se abstenha de determinados comportamentos que ponham em causa o seu direito de personalidade, como o direito à vida. Para além do referido, os direitos subjectivos propriamente ditos podem ser classificados de acordo com as seguintes

⁵⁰ Cfr. MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4ª ed., 2005, págs.178 e 179. Vd, na página 177 citada, que a relação jurídica em sentido amplo será aquela que engloba todas as relações da vida com produção de efeitos jurídicos.

⁵¹ Cfr. MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4ª ed., 2005, págs.178 a 180. Vd, nas páginas citadas, que o poder de vontade que o titular do direito subjectivo tem para exercer ou não o seu direito permite fazer a distinção entre direitos subjectivos, os poderes-deveres e os poderes jurídicos. Acrescenta-se ainda que a estrutura externa da relação jurídica é, por sua vez, composta por vários elementos, sendo estes os sujeitos (aqueles que estabelecem entre si a relação jurídica), o objecto (aquilo sobre qual incide a relação jurídica), o facto jurídico (que faz emergir a relação jurídica) e a garantia (conjunto de mecanismos que o ordenamento jurídico disponibiliza para tornar efectivo o direito do titular activo da relação jurídica).

categorias: os direitos subjectivos relativos (vinculam certas e determinadas pessoas, tendo este direito do lado activo da relação jurídica e do lado passivo uma obrigação em sentido técnico) ou os direitos subjectivos absolutos (vinculam todos sujeitos da comunidade jurídica, onde a diferença é que, aqui, apesar do lado activo ser o mesmo dos anteriores, do lado passivo da relação encontra-se uma obrigação passiva universal), sendo que assim se constata que os direitos de personalidade integram esta última categoria, ou seja, o direito à vida será assim um direito subjectivo absoluto a que corresponde uma obrigação passiva universal. Mais assim, os direitos subjectivos, na sua maioria, são direitos plenos, conferindo ao titular o poder de exigir, isto é, caso o titular passivo não cumpra com a sua obrigação, o sujeito activo tem o poder de exigir que esta seja cumprida, podendo recorrer aos meios disponíveis no ordenamento para que tal aconteça. Todavia, mesmo que sejam a minoria dos casos, existem direitos que, por conferirem um poder de pretender, não pode o titular do direito exigir judicialmente o cumprimento daquela obrigação.⁵² Por outro lado, o direito potestativo será o poder ou a faculdade de, por um acto de livre vontade, por si próprio ou integrado num acto de autoridade pública, inevitavelmente produzir certos efeitos jurídicos que, inelutavelmente, se impõem na esfera jurídica do titular passivo. O lado passivo da relação corresponde assim a uma sujeição, sendo produzidos efeitos jurídicos na esfera pessoal do sujeito passivo sem que este se possa contrapor, não havendo a necessidade da exigência do consentimento deste para que tal aconteça. Outrossim, os direitos potestativos poderão assumir diversas modalidades. Por um lado, podem ser direitos potestativos constitutivos, que, uma vez exercidos, resultam na constituição de uma relação jurídica. Por outro, existem os direitos potestativos modificativos, que, por sua vez, modificam uma relação jurídica já existente mas sem a terminar. Em último lugar, produzindo a extinção de uma relação jurídica pré-existente, surgem os direitos potestativos extintivos.⁵³

Para Pedro Pais de Vasconcelos, a tutela dos direitos de personalidade é feita tanto de forma objectiva como de forma subjectiva, havendo consequentemente um direito objectivo de personalidade e um direito subjectivo de personalidade. Sendo assim, haverá zonas de actuação da tutela destes direitos onde se entra no âmbito da autonomia privada, levando assim a que se observe uma disponibilidade e um modo de exercício livre típico dos

⁵² Vd, que aqui, estamos no âmbito das obrigações naturais, art.402.º do CC, cfr. MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4ªed., 2005, pág.183.

⁵³ Cfr. MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4ªed., 2005, págs.179 a 185.

direitos subjectivos. Apesar de se saber que esta disponibilidade é limitada (o direito à vida é indisponível, por exemplo), “(...)uma construção totalmente objectiva da tutela da personalidade, que prescindia completamente do direito subjectivo, é redutora e omite a centralidade da personalidade na pessoa do seu próprio titular.”⁵⁴. O direito objectivo observa assim igualmente o seu campo de aplicação, onde defende a personalidade humana através da imposição de regras de agir de forma a respeitar a comunidade e os seus membros, tendo ainda como sua característica a indisponibilidade. Haverá assim um relacionamento entre estas duas tutelas, “é verdade que o respeito da personalidade e da dignidade humana constituiu um dever objectivo do Estado e de cada pessoa. Mas tal não pode reduzir nem limitar o direito que cada pessoa tem, de per si e independentemente do direito objectivo, defender da sua personalidade e a sua dignidade, apesar do Estado e mesmo contra o Estado, apesar dos outros e mesmo contra os outros.”⁵⁵. Outrossim, para este autor, estas duas tutelas coabitam de forma pacífica, onde se usufruiu das qualidades características de cada um destes direitos.⁵⁶

A posição de José Tavares é partilhada por diversos autores, traduzindo-se assim pela não aceitação de estarmos perante um direito sobre a própria pessoa. Por conseguinte, as críticas apontadas à afirmação de direitos de personalidade como direitos subjectivos encontram-se em dois planos: “em primeiro lugar, no plano lógico-axiológico: ou seja, não é possível que a pessoa seja simultaneamente sujeito e objecto de uma relação jurídica; e, mesmo que fosse, tal redundaria numa objectivação do sujeito. Em segundo lugar, no plano ético-judicativo, dado a aceitação de um direito subjectivo sobre a própria pessoa teria como consequência a transformação do homem num escravo de si mesmo.”⁵⁷. Todavia, estes não são os únicos argumentos apontados, juntando-se assim um outro que atacaria em específico o direito geral de personalidade, defendendo a incompatibilidade existente entre a noção do direito subjectivo com figura do direito geral de personalidade. Menezes Cordeiro apoiante desta posição, rejeita a ideia deste direito geral, vendo-o como premissa genérica. Sendo

⁵⁴ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.48.

⁵⁵ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.48.

⁵⁶ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, págs.47 a 60.

⁵⁷ Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Princípios, 1ªed., 2017, pág.186.

assim, “(...)considera, ainda, que a protecção que um direito geral de personalidade poderia dispensar seria pouco eficaz, razão pela qual sustenta que do artigo 70.º CC se deve extrair diversos direitos da personalidade, de modo não taxativo, recorrendo-se à tutela aquiliana por via da violação de disposições legais de protecção de interesses alheios fora das hipóteses em que seja possível pensar na subjetivização jurídica.”⁵⁸.

Por outro lado, Diogo Costa Gonçalves critica não só a figura do direito geral de personalidade mas também a dos direitos de personalidade em si. Este autor defende que “tentar reconduzir tudo o que há de jurídico na realidade pessoal a um poder subjectivado sobre elementos da própria personalidade é profundamente redutor”.⁵⁹

Por conseguinte, atendendo às críticas apontadas, comecemos por analisar a que fala da impossibilidade da pessoa ser objecto e sujeito de um direito. Assim sendo, seguindo o pensamento de Oliveira de Ascensão, tanto do plano lógico como do axiológico, nada parece impossibilitar que haja esta coincidência, estando inclusive a dignidade da pessoa humana salvaguardada. Mais assim, “(...)se formos congruentes com a posição que assumimos em matéria de direito subjetivo, entendido como poder ou faculdade de exigir (ou pretender) de um sujeito um comportamento ativo ou positivo, então compreenderemos que a categoria se mostra apta para captar a intencionalidade e a estrutura da categoria «direito de personalidade».”⁶⁰. Posto isto, conclui-se que, no que diz respeito aos direitos de personalidade, “(...) porque o sujeito pode limitar os seus bens da personalidade por via de consentimento do seu titular, é forçoso configurá-los como verdadeiros direitos subjetivos.”⁶¹. Quanto ao direito geral de personalidade, necessita-se de olhar para a pessoa como um todo para a tutela desta ser completa, só atendendo depois, a partir desta noção global de personalidade, para as especificidades da mesma, tendo em conta as situações com que vamos nos deparamos. Assim sendo, é de constatar que existe uma necessidade de ter este direito como um direito absoluto, visto que, caso tal não aconteça, pode colocar em

⁵⁸ Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Princípiã, 1ªed., 2017, pág.186. Vd que esta posição é igualmente defendida por outros autores, nomeadamente Oliveira de Ascensão.

⁵⁹ Cfr. GONÇALVES, Diogo Costa, *Pessoa e Direitos da Personalidade: Fundamentação Ontológica da Tutela*, Almedina, 2008, pág.99.

⁶⁰ Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Princípiã, 1ªed., 2017, pág.189.

⁶¹ Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Princípiã, 1ªed., 2017, pág.189.

causa a eficiência da responsabilidade extracontractual. Igualmente é necessário clarificar que, apesar de em termos de conteúdo este ser bastante complexo, este é um direito geral, uma regra geral, da qual, atendendo (e conforme) ao caso concreto, se irá concretizar. “Por outro lado, e enfrentando a objeção judicativo-axiológica, a compreensão de tutela geral da personalidade como um direito subjectivo não nos condena à escravização do ser humano.”⁶², contrariando assim os diversos autores que entendiam que, ao defender que os direitos de personalidade pertenciam à categoria de direitos subjectivos, seriam assim vistos como um poder da vontade, levando a que estes tivessem um efeito reverso ao pretendido, isto é, a pessoa tornar-se-ia escrava de si própria, visto que levaria a pensamentos atentatórios contra a sua dignidade, consequência de esta olhar para os direitos subjectivos como poder de vontade. Mais assim, quando pensamos em direito subjectivo como poder de vontade, sabemos que este poder não é arbitrário, isto porque radica na pessoa e não no indivíduo. Posto isto, facilmente se percebe que o direito subjectivo não será só a génese de poderes mas também de deveres. Sendo que, no que concerne aos direitos de personalidade, “(...) não só o fundamento ético-axiológico como a sua teologia primária reconduzem-se à dignidade humana (...)”⁶³, o titular do direito subjectivo nunca poderá exercê-lo de forma a atentar contra esta.⁶⁴

Facilmente se constata que é historicamente recente a consideração dos direitos de personalidade como categoria subjectiva, só o sendo a partir do jusracionalismo, e, até a esta época, a pessoa conhecia a tutela objectiva (tutelava-se a pessoa porque esta estava integrada num todo). Assim, o direito à vida, visto ser parte integrante e a mais importante dos direitos de personalidade, é um direito subjectivo.

Como sobejamente aduzido, é na época do jusracionalismo em que se afirmam os direitos subjectivos. Todavia, tal não significa que a pessoa se encontrasse desprotegida nos tempos que precederam a esta época, “(...) refletindo, somente, uma ontologia radicada no cosmos natural ou em Deus.”⁶⁵. Com a evolução da sociedade e do seu pensamento, afirma-

⁶² Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Princípia, 1ªed., 2017, pág.190.

⁶³ Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Princípia, 1ªed., 2017, pág.191.

⁶⁴ Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Princípia, 1ªed., 2017, págs.188 a 192.

⁶⁵ Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Princípia, 1ªed., 2017, págs.68.

se o Homem, passando-se assim para uma visão individualista, adoptando-se uma perspectiva da liberdade na sua dimensão negativa, onde o indivíduo actuava livremente dentro da sua esfera jurídica. Mais tarde, o contratualismo associa-se ao individualismo, e “as teorias do contrato social criam o modelo teórico explicativo da institucionalização dos direitos naturais, permitindo a sua conversação em direitos subjectivos (...)”⁶⁶. Tudo isto leva a que só com Savigny surja a primeira formulação doutrinal do direito subjectivo, apresentando-o como um poder de vontade, originando assim a teoria voluntarista, que ainda é actualmente aceite por inúmeros autores. O pensamento sobre estes direitos continua a evoluir ao longo dos tempos, percebendo-se que o Homem só se realiza plenamente em relação com o outro e que o direito subjectivo centra-se na pessoa e não no indivíduo, tendo como fundamento a dignidade humana, “com o que o direito subjectivo será, ainda e sempre, um espaço de afirmação da autonomia pessoal.”⁶⁷. A autonomia deixa de ser assim pensada só em termos negativos, associando a esta a dimensão de responsabilidade. Chega-se à conclusão que a conformação material do direito subjectivo remete “(...) para um fundamento material que o sustenta – dimensão axiológica do direito, visto, então, e nessa medida, como uma forma de concretização da liberdade humana; uma remissão para o interesse que lhe está subjacente – dimensão teológica do direito”⁶⁸. Seguindo as palavras de Orlando de Carvalho, “o direito subjectivo é um instrumento de autodeterminação da pessoa e um mecanismo de tutela da respectiva autonomia: resulta ainda que constituiu o factor que mais verdadeiramente realiza essa função.(...)é ele que exprime o *desideratum* último da intervenção da pessoa no plano civilístico e que consiste na satisfação de um interesse”⁶⁹. Assim sendo, vê-se o direito subjectivo como um poder com limites, “(...) só pode ser captado à luz de uma materialidade que lhe subjaz, o que implica que ele só pode

⁶⁶ Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Princípia, 1ªed., 2017, págs.173.

⁶⁷ Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Princípia, 1ªed., 2017, pág.100.

⁶⁸ Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Princípia, 1ªed., 2017, pág.107.

⁶⁹ Cfr. CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 3ªed., 2012, págs.102.

ser percebido em paralelo com o dever – já não apenas o dever que onera o titular passivo da relação jurídica, mas o dever que entretém o próprio conteúdo.”⁷⁰ ⁷¹

⁷⁰ Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Princípios, 1ªed., 2017, págs.114.

⁷¹ Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Princípios, 1ªed., 2017, págs.66 a 114.

III) O consentimento como forma de limitação voluntária dos direitos da personalidade

1) Consentimento como uma forma de exercício da autonomia

A evolução do pensamento jurídico e da ideia de personalismo ético, fez com que se chegasse à conclusão que a pessoa está no centro do direito. Esta pessoa não se confunde com o indivíduo, categoria que surge associada ao pensamento liberal e individualista, que se encontra sozinho em oposição dos restantes, incluindo o Estado, e isolado dentro de um círculo de protecção. Este é livre, comporta em si uma liberdade negativa, visto que ninguém pode interferir na sua vida. Certo é que a pessoa, em oposição, é um ser em relação, estabelecendo assim pontos de ligação com os outros sujeitos, dirigindo-se a estes últimos uma pretensão de respeito. A liberdade da pessoa é, por consequência, uma liberdade responsável. Assim sendo, a pessoa encontra-se no centro do Direito Civil. Esta ideia de personalismo ético tem assim várias projecções (inclusive, na tutela dos direitos personalidade, como foi visto), nomeadamente na afirmação da liberdade do ser humano. Mais assim, a ideia de autonomia traduz-se numa ideia de liberdade, sendo que esta última se divide, como sobredito, em liberdade negativa e positiva. Neste caso, será na dimensão positiva que nos deveremos debruçar, onde a pessoa é livre para gerir a sua esfera pessoal e os seus interesses de acordo com a sua vontade, não podendo, porém, colocar em causa a dignidade da pessoa humana (seu pilar), havendo assim uma possibilidade de autodeterminação. Outrossim, a liberdade de actuar independentemente e ser um agente capaz de agir por si só, segundo a sua vontade, são dois aspectos presentes, ainda que de maneiras diferentes, nas diversas teorias sobre a autonomia.⁷²

Dentro das categorias dogmáticas através das quais o Direito Civil opera, duas destas são instrumentos da autonomia axiologicamente densificada: o direito subjectivo e o negócio jurídico. Sobre o direito subjectivo, “(...) é ele que conserva privilegiadamente as características de liberdade ou de autodisponibilidade que a autonomia da pessoa deseja ver reconhecidas para existir e desenvolver-se como tal.”⁷³. Por conseguinte, a autonomia

⁷² Cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Princípia, 1ªed., 2017, págs.15 a 36.; BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F., *Principios de Ética Biomédica*, Masson, versión española de la 4ªed. inglesa, 1999, pág.114.

⁷³ Cfr. CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 3ªed., 2012, pág.103.

privada assume um papel relevante no exercício destes direitos. Por um lado, esta reflecte-se na iniciativa da defesa dos direitos de personalidade, onde o titular do direito se encontra numa posição onde toma livremente a decisão do exercício do direito ou da sua abstenção. Por outro, a autonomia privada igualmente se reflecte na possibilidade de limitação (ou compressão) dos direitos de personalidade por parte do seu titular, estando previsto no Código Civil, no art.81.º/1 a limitação voluntária dos direitos de personalidade.⁷⁴

Sendo os direitos de personalidade tendencialmente indisponíveis, fazendo com que, à partida, não se possa destes dispor, existem, porém e em certa medida, formas de limitação de direitos de personalidade autorizadas pelo ordenamento jurídico (art.81.º do CC), onde se engloba o consentimento, desde que se observe o cumprimento dos requisitos legalmente previstos para que tal aconteça. Mais assim, o consentimento surge no âmbito da autonomia para legitimar determinadas condutas que de outra forma não eram concretizáveis, nomeadamente no campo médico, onde cumprir o princípio do respeito pela autonomia significa que os profissionais de saúde devem informar e esclarecer o sujeito de forma a que este possa decidir de forma adequada. Promove-se a autonomia do sujeito visto que este actua com conhecimento e sem influências externas. Do princípio do respeito pela autonomia e obrigações adjacentes, deriva o direito à autodeterminação da pessoa, que acaba por sustentar determinados actos realizados por a pessoa autónoma. Importa ressaltar que este princípio deve ser aplicado tendo em conta o âmbito de actuação do sujeito, com especial atenção para as situações excepcionais que este prevê. As excepções que limitam o seu exercício mostram que a autonomia não pode ser respeitada a todo custo, nomeadamente nos casos em que coloca em causa a saúde pública ou a dignidade humana. Dito isto, o consentimento é um dos limites que os direitos subjectivos observam, sendo uma autorização, feita de forma voluntária, que o titular do direito confere para que lhe sejam lesados alguns dos seus direitos de personalidade, podendo ser expresso (caso o sujeito o faça por palavras ou outro meio de manifestação de vontade), tácito (nas situações em que este é feito através de um meio que permita extrair uma conclusão acerca da autorização que é dada) ou presumido (no caso sistematizado legalmente no art.340.º/3 do CC). Assim, o consentimento leva a “(...) determinar a inexistência de lesão (exclusão do facto) ou a

⁷⁴ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.153.

justificação dela (justificação do facto).⁷⁵. Este tem diversas modalidades, existindo assim o consentimento vinculante, o autorizante e o tolerante. O primeiro confere um poder jurídico de agressão, resulta de um compromisso jurídico autêntico. Quanto ao segundo, estamos perante um poder fáctico de agressão, gerada por um compromisso jurídico específico. Por último, trata-se de uma exclusão de ilicitude, justifica a lesão ao direito subjectivo.⁷⁶

Tal como é possível observar no art.81.º/2, a revogação do consentimento pode ser feita a todo o tempo, não se podendo recorrer a meios coercivos ou à execução específica devido ao consentimento não ser vinculante. Todavia, daqui resulta a obrigação de indemnização resultante da violação das legítimas expectativas que foram geradas por este. Na fixação do montante da indemnização, é necessário que este não seja com um valor demasiado elevado, no sentido que tal funcionaria como um impedimento ao titular pedir a revogação.⁷⁷

⁷⁵ Cfr. CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 3ªed., 2012, pág.205.

⁷⁶ Cfr. CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 3ªed., 2012, págs.205 e 206.; BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F, *Princípios de Ética Biomédica*. Masson, versión española de la 4ªed. inglesa,1999, págs.116 a 120. Vd, na obra VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, págs.154 e 155, que Pedro Pais de Vasconcelos defende que esta classificação se trata de uma “falsa tricotomia”, não a adoptando,

⁷⁷ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, págs.153 e 168.; MOTA PINTO, Paulo, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, Almedina, 1ªed., 2018, pág.500.

2) Os limites do consentimento:

a) Bons costumes

O art.81.º/1 do CC deve ser visto com ligação ao art.280.º do CC, pois, apesar do primeiro ser omissivo em relação ao respeito pela lei e pelos bons costumes que a limitação dos direitos de personalidade deve apresentar, estas devem ser tidas em conta e a sua contrariedade é causa de ilicitude. A lei não define bons costumes, sendo considerado um conceito indeterminado, sabendo-se que este atende ao respeito das boas práticas que se devem ter em conta na vivência em sociedade, de acordo com as normas e princípios do nosso ordenamento jurídico. A obrigação pelo seu respeito aparece consagrada nomeadamente nos arts.340.º/2 e 81.º/1 do CC e no art.38.º/1 do CP.⁷⁸

b) Ordem Pública

Observando o art.81.º/1 do CC, conclui-se que, quando se limita um direito de personalidade através do consentimento, é obrigatório respeitar os princípios da ordem pública, isto é, seguindo os princípios nas normas consagrados, caso contrário esta limitação será ilícita. Seguindo o pensamento de Carlos Alberto da Mota Pinto “(...) ordem pública pode ser definida como «o conjunto dos princípios fundamentais, subjacentes ao sistema jurídico, que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam(...)».”.⁷⁹

c) Fundamento axiológico dos direitos da personalidade

Em geral, o consentimento relativo à limitação dos direitos da personalidade nunca pode equivaler à renúncia destes mesmos direitos. Se o fundamento deste consentimento é a ideia de autonomia da pessoa, é impreterível não limitar estes direitos quando tal colocar em causa a dignidade humana.

Esta exigência prende-se com a tendencial indisponibilidade característica dos direitos de personalidade, tendo de se analisar cada caso em concreto para que se conclua se

⁷⁸ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.155.; Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, pág.141.

⁷⁹ Cfr. RODRIGUES, José Vaz, *O consentimento informado para o acto medico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra Editora, 2001, pág.259.

o bem da personalidade em causa é disponível ou não. No caso do direito à vida, a limitação desta é considerada lícita nos casos em que esta, de forma voluntária, queira participar em experiências médicas, por exemplo. Todavia, já é considerado ilícito o suicídio. A limitação da vida, sendo esta um dos mais importantes bens da personalidade humana, é cuidadosa e meticulosamente ponderada, sendo poucos os casos em que esta é permitida.⁸⁰

⁸⁰ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.155.

3) O consentimento como um consentimento informado

O consentimento informado resulta de diversas alterações de pensamento que se verificaram ao longo dos tempos, evoluindo desde a primeira sentença inglesa de 1767 onde surgiu a problemática no caso *Slater versus Baker & Stapleton*, passando pela consagração no Código de Nuremberga de 1947 dos primeiros direitos dos pacientes, estabelecendo-se a ideia que este devia ser esclarecido com a jurisprudência francesa, sofrendo igualmente influências das doutrinas espanholas e americanas, chegando assim à posição actualmente acolhida deste instituto na Ordem Jurídica portuguesa.⁸¹

Mais assim, “o consentimento informado é um instituto jurídico complexo que se traduz num processo dinâmico de inter-relação entre os diversos agentes envolvidos.”⁸², que envolve na maioria das vezes mais do que a dual relação médico-paciente, tendo igualmente como intervenientes não só outros profissionais de saúde, nomeadamente enfermeiros, mas também, pela parte do paciente, pelo menos, a família.⁸³

A capacidade de consentir por parte do paciente é o primeiro dos elementos essenciais para que uma pessoa possa prestar um consentimento válido, sendo que em determinados casos de incapacidade é possível que esta seja suprida, nomeadamente as situações em que estamos perante menores e maiores acompanhados (arts.122.º e ss. e arts.138.º e ss. do CC, respectivamente), em que há necessidade de intervenção de outrem para que haja a cessão da incapacidade de que estes carecem, assim como nos casos de incapacidade acidental (art.257.º do CC) e nos casos de alterações provenientes com o envelhecimento (em que o médico deve estar especialmente atento). Sendo distinta de outras figuras como nomeadamente a capacidade negocial de exercício e a imputabilidade⁸⁴, a capacidade para consentir ou competência é uma derivação da capacidade jurídica específica para decisões sobre cuidados de saúde, estando em causa bens jurídicos pessoais como a

⁸¹ Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, págs.6 a 107.

⁸² Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, pág.129.

⁸³ Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*”, Coimbra Editora, 2004, págs.129 e ss.

⁸⁴ Vd, a este propósito, DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, págs.148 a 152.

integridade física e a autodeterminação. Tendo em conta a existência de diversas concepções sobre a mesma, podemos dizer que se traduz assim no paciente estar em condições para decidir de forma válida, entendendo o alcance, riscos e benefícios da sua decisão, percebendo as informações que lhe são prestadas sobre a intervenção médica, reflectindo e ponderando todos os factores para que, atendendo assim à sua vontade, preste consentimento. Este instituto requer assim um regime específico, que vai permitir que se limite direitos de personalidade nas intervenções médicas como o direito à autodeterminação e à integridade física e psíquica. Porém, sendo uma lacuna do sistema, esta é colmatada através do recurso a princípios do Direito Civil, “(...) que nos indicam que a capacidade de entendimento e de juízo de cada um é o pressuposto do comportamento jurídico.”⁸⁵, sendo que se deve ressaltar que esta capacidade tem de ser averiguada caso a caso, visto que depende da situação em si (um sujeito pode ser incapaz numa situação e capaz noutra). Para além do sobredito, existem igualmente casos de fronteira, os chamados casos de incompetência absoluta (onde se incluem as pessoas inconscientes, com doenças mentais de elevada gravidade e as crianças extremamente novas, não podendo assim prestar um consentimento válido) e os casos de incompetência relativa (situações em que compete ao médico analisar caso a caso e tendo em conta a situação se o paciente está capaz para consentir, abrangendo assim sujeitos com perturbações derivadas nomeadamente de medicação e de dor). Tendo em conta que quem faz a análise e averiguação da capacidade para consentir é o médico (com formação para tal), é-lhe dada uma certa discricionariedade nesta decisão, ressaltando-se que não é este que tem o ónus da prova da capacidade (só o tem relativamente à prova de informação, consentimento e esclarecimento). Para além disto, “segundo uma perspectiva médica, a capacidade será aquele «aquele estado psicológico empírico em que podemos afirmar que a decisão tomada por um sujeito é expressão real da sua própria identidade individual, isto é da sua autonomia moral pessoal».”⁸⁶ Em cada caso concreto, a capacidade do sujeito tem de ser averiguada por um médico, tendo em conta o quadro que é ao doente apresentado, estando com atenção às normas jurídicas que para esta se impõem. Neste âmbito, levantam-se diversas questões sobre os métodos de avaliação da capacidade, nomeadamente nos campos da psiquiatria e neurociência. Todavia, tendo em

⁸⁵ Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, pág.164.

⁸⁶ Cfr. RODRIGUES, José Vaz, *O consentimento informado para o acto medico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra Editora, 2001, pág.200.

atenção os contributos dos modelos de avaliação construídos desde a década de 70, retiram-se destes factores que permitem uma averiguação da capacidade, incluindo, por exemplo, a compreensão, a projecção, a opção e a memória. Tudo isto sempre tendo como objectivo principal perceber se o doente é responsável para a tomada de uma decisão. Contudo, afastamo-nos destes tópicos para a avaliação devido a não captarem todas as variáveis possíveis e por serem matéria do domínio médico, sendo que apenas se encontram algumas referências na lei de como o médico pode actuar nestes casos. Como sobejamente aduzido, a análise da capacidade de consentir é feita pela ética médica e medicina, contudo esta é um conceito jurídico e, em última linha, será ajuizado pelo juiz quando se está perante um processo de averiguação da capacidade de consentir de um sujeito. Assim, conclui-se a existência de uma relação íntima entre a autonomia e a capacidade para consentir (competência).⁸⁷

Junta-se a este o requisito de o paciente ter de ser devidamente informado e esclarecido sobre a intervenção médica que lhe é apresentada, visto que, para que haja verdadeiramente autonomia na decisão, é necessário o paciente realmente saber aquilo a que vai ser submetido. Tendo o médico um conhecimento mais técnico, torna a sua relação desigual com o paciente, devendo existir por parte deste iniciativa de o esclarecer, numa linguagem mais acessível e clara, a informação necessária e suficiente à tomada de decisão, que demonstre abertura para eventuais perguntas e adicionais pedidos de esclarecimento, explicando o seu diagnóstico, alternativas de tratamento e possíveis sequelas, demonstrando assim vontade de colaborar. “Verdade e suficiência são os dois requisitos fundamentais do necessário diálogo cujo objectivo é a compreensão, e que deve ser estabelecido entre o agente médico e a pessoa que aceita, pretende ou necessita a intervenção daquele na sua esfera físico-psíquica.”⁸⁸ e poderá dizer-se que, por analogia e com as adaptações necessárias, a esta relação se aplicam “(...)a intencionalidade, a teologia e as normas de

⁸⁷ Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, págs.129 e 130, 147 a 170.; Cfr. RODRIGUES, José Vaz, *O consentimento informado para o acto medico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra Editora, 2001, págs.198 a 203, 221 e 222.; BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F., *Principios de Ética Biomédica*, Masson, versión española de la 4ªed. inglesa, 1999, págs. 127 a 134.

⁸⁸ Cfr. RODRIGUES, José Vaz, *O consentimento informado para o acto medico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra Editora, 2001, pág.223. Note-se, nas páginas 256 a 258 da obra citada, que existem, a somar aos padrões que vão determinar a quantidade e qualidade dos elementos constantes na informação prestada, os critérios do padrão médio e do padrão do doente médio.

direito do consumidor(...)"⁸⁹. Assim se percebe a necessidade de prestação de informações nestes termos, visto que é a partir desta que o paciente se consciencializa e pode tomar decisões esclarecidas sobre aquilo que quer fazer, atendendo à sua vontade, dispondo da obrigação de informação de acordo com o art.573.º do CC, concluindo-se que “a prática da medicina deve decorrer de um processo de decisão do paciente.”⁹⁰. Outrossim, por existir este dever jurídico de informar, pode levar a que o médico seja responsável civil, penal e/ou disciplinarmente caso o consentimento que o paciente preste não seja com base em informações suficientes (ou em nenhuma informação), passando o mesmo a ser inválido. A prestação de informação pelo médico tem em conta o paciente concreto e deve ser feita de forma eficaz, por via oral ou escrita. Em suma, tendo em conta o sobejamente aduzido, o dever de informar tem como pressupostos cumulativos a simplicidade, a suficiência e finalidade de esclarecimento. Todavia, não podemos deixar de mencionar que do lado médico existe igualmente o direito de informação, para que este tenha a seu dispor todos os dados essenciais para que possa exercer de forma correcta a sua actividade profissional e o dever de auxílio de terceiros.⁹¹ Posto isto, para que esta colaboração por parte do paciente exista, o médico terá de explicar a importância da partilha de informações da sua parte. O dever, por parte do paciente, de informar o médico tem extrema importância pois é com esta informação (verdadeira) que se pode chegar a um diagnóstico e tratamento adequados. Se esta colaboração não existir ou for feita de forma deficitária, o médico não é responsabilizado “(...) por uma actuação técnica incorrecta e a possibilidade do médico recusar a assistência ou prática de um acto médico (...) desde que não esteja em causa perigo para a vida, ou para a integridade física do paciente, ou inviabilizado o regular acompanhamento profissional do

⁸⁹ Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalves, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, págs.130 e ss. ; Vd, RODRIGUES, José Vaz, *O consentimento informado para o acto medico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*,. Coimbra Editora, 2001, págs.223 e 224, que a este propósito, “(...)ainda que se não considere o exercício da medicina como uma actividade económica(...), sempre os pacientes terão, pelo menos, os mesmos direitos nas relações cujo objecto envolva a prática da medicina, em relação aos consumidores que estabelecem relações de conteúdo económico.”. Pode-se assim exigir o direito a uma informação específica e, quando se estiver perante a violação deste dever de prestação de informação clara e suficiente, pode haver lugar a ressarcimento dos danos causados (art. 8.º/1/4/5 da Lei 24/96, de 31 de Julho).

⁹⁰ RODRIGUES, José Vaz, *O consentimento informado para o acto medico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra Editora, 2001, pág.240.

⁹¹ Vd, conforme RODRIGUES, José Vaz, *O consentimento informado para o acto medico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra Editora, 2001, na sua pág.225, que este dever, apesar de não haver uma relação contractual, existe e é um dever de garante. Mais assim, a sua violação poderá ter como consequência o crime de homicídio ou de ofensa à integridade física, podendo simultaneamente ser condenado responsável civilmente e disciplinarmente.

paciente por outro médico, pois nestas circunstâncias a recusa do médico não é possível sem consequências.”⁹², ou seja, se o paciente não respeitar este dever de colaboração sairá prejudicado visto que não será inculcada responsabilidade ao médico por estar a laborar com base num erro/omissão. No entanto, importa ressaltar que o recurso a meios de diagnóstico poderão assumir um papel fundamental nestes casos, colmatando eventuais falhas, cumprindo o dever de cuidado. Terá de se ter em conta as situações de dissentimento (matéria que posteriormente irá ser abordada), quando válido, que, apesar de fazer com que não haja intervenção médica, não implica que deixe de haver o dever de colaboração e informação. Este dever de colaboração tem evoluído ao longo dos tempos, sendo que actualmente ainda se adoptam como elementos desejáveis a confiança e obediência (ainda que mitigada) do paciente, sempre em ligação com a autonomia para fazer as suas escolhas, que se reflecte nos diversos campos, esperando igualmente observar-se o empenho e discrição por parte do médico. O paciente deve compreender o sentido e o alcance da sua decisão de consentimento, que só irá existir caso estes deveres e direitos sejam cumpridos por ambos os intervenientes. Posto isto, o consentimento informado e esclarecido justifica-se para o paciente “(...) como instrumento de garantia da sua liberdade.”⁹³ ⁹⁴

O último elemento do consentimento é a voluntariedade, isto é, o paciente que presta o consentimento tem de o fazer sem interferências do exterior (sem coacção ou vícios da vontade, ou seja, sem influências de outros) e de forma livre, guiando-se pela sua vontade. Todavia são compatíveis com a autonomia e voluntariedade do paciente a argumentação e prestação de informação em sentido favorável à escolha de um específico tratamento/intervenção, não sendo esta uma influência intrusiva, mas sim justificada e motivada pela razão.⁹⁵

⁹² RODRIGUES, José Vaz, *O consentimento informado para o acto medico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra Editora, 2001, pág.225.

⁹³ RODRIGUES, José Vaz, *O consentimento informado para o acto medico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra Editora, 2001, pág.231.

⁹⁴ Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, págs.129 e 130.; Cfr. RODRIGUES, José Vaz, *O consentimento informado para o acto medico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra Editora, 2001, págs.222 a 243.

⁹⁵ Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, págs.129 e 130.; BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F., *Principios de Ética Biomédica*, Masson, versión española de la 4ªed. inglesa, 1999, págs.155 a 162.

Outrossim, “o consentimento do paciente é a legitimação e o limite da intervenção médica.”⁹⁶. No âmbito médico, um consentimento informado é “(...) uma formulação que designa a situação de concordar com um determinado procedimento/tratamento/intervenção tendo sido previamente esclarecido acerca de tal procedimento, sua metodologia e aplicação, seus riscos previsíveis e eventuais alternativas. Afirmar o direito ao consentimento informado significa, portanto, que o paciente tem, num primeiro momento, o direito a ser informado sobre o seu diagnóstico, o seu prognóstico, os tratamentos/intervenções adequados a minorar o diagnóstico, os riscos de tais tratamentos e informações e eventuais alternativa aos mesmos e, num segundo momento, o direito a consentir ou recusar esses tratamentos e intervenções.”⁹⁷, que será necessário para a realização das directivas antecipadas da vontade, que colocam em causa o direito à vida, visto que “(...) a figura do consentimento informado deriva da protecção da integridade físico-psíquica e do exercício da liberdade de vontade, duas manifestações do aludido direito geral de personalidade como esfera global desta titularidade de direitos.”⁹⁸

⁹⁶ Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, pág.147.

⁹⁷ Cfr. DIAS PEREIRA, André G.; FERREIRA PEREIRA, Ana Elisabete, «Responsabilidade Profissional, Consentimento Médico e Directivas Antecipadas de Vontade – algumas questões», in: VIEIRA Fernando, CABRAL Ana, SARAIVA Carlos, *Manual de Psiquiatria Forense*, Pactor, 2016, pág.540.

⁹⁸ Cfr. RODRIGUES, José Vaz, *O consentimento informado para o acto medico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra Editora, 2001, pág.198. Vd, na mesma obra citada, nas págs.353 e 353, a possibilidade de consentimento em branco, isto é, nas situações em que o paciente, por sua vontade e consciente das suas acções, toma a decisão de confiar no seu medico ao ponto de, desejando na mesma receber o tratamento adequado, não consente com a prestação de informação quanto ao seu diagnóstico e tratamento por parte do medico.

4) O problema do consentimento nas intervenções médicas

a) O direito à autodeterminação sobre o próprio corpo

Chega-se à conclusão que o respeito pelo direito de autodeterminação do doente e pela sua autonomia pautam o regime do consentimento. Consentimento dependente ainda da verificação dos diversos deveres sobejamente aduzidos, que, quando válido, autoriza a limitação do bem jurídico da integridade física (e, muitas vezes, também psíquica).⁹⁹

No art.25.º da CRP, encontra-se consagrado o direito à integridade física e psíquica, onde se defende “(...) a personalidade contra ameaças e agressões que se traduzam em lesões da integridade física e psíquica das pessoas.”¹⁰⁰. Mais certo, não existir distinção entre a defesa do físico e do psíquico do sujeito, não havendo aqui uma delimitação ou fronteira, tanto que, em muitos casos, as agressões atingem tanto o físico como o psíquico ou acabam por lesionar um e, por consequência, atingem igualmente o outro. Tutela-se o corpo, englobando tanto as partes componentes como as destacadas, as suas estruturas anatómicas, a saúde e as relações fisiológicas. Por outro lado, tutela-se o sistema cognitivo (pensamento e conhecimento) e o sistema volitivo (onde está a em causa a vontade). Consequentemente, os actos que lesam ou colocam em perigo a saúde física e psíquica de um sujeito, mesmo que não intencionalmente, são considerados ilícitos, constituindo uma lesão de um direito de personalidade. Por conseguinte, este direito impede qualquer intervenção não autorizada sobre o corpo alheio, pondo em causa a autodeterminação da pessoa.¹⁰¹

Civilmente, a partir do momento em que é dado o consentimento por parte do paciente, cumprindo as regras e requisitos necessários, somente no caso de a intervenção e/ou tratamento médico for praticada por violação negligente das *legis artis* é que há direito a indemnização por parte do doente. Junta-se a esta hipótese as situações em que, já no âmbito de uma intervenção médica arbitrária, não foi prestado consentimento por parte do paciente ou, caso este tenha existido, haja vícios que o tornam inválido. Assim sendo, tendo

⁹⁹ Cfr. RODRIGUES, José Vaz, *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra Editora, 2001, pág.28.

¹⁰⁰ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, pág.70.; Cfr. MOTA PINTO, Paulo, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, Almedina, 1ªed., 2018, págs.435 a 437.

¹⁰¹ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, , Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017, págs.70 a 72.

em conta estes dois últimos cenários, releva perceber se existiu ou não dano corporal como consequência. Sendo certo, caso se esteja perante uma intervenção médica, sem consentimento, mesmo que desta não tenha resultado nenhum dano para o doente, tal conduta é censurada pelo Direito Civil. Nestes casos entende-se que “os bens jurídicos tutelados são o direito à integridade física e moral e o direito à liberdade, logo os danos ressarcíveis são não só os que resultam da violação da liberdade da vontade, mas também as dores, os incómodos e a lesão da incolumidade pessoal.”¹⁰². Mais certo, neste contexto importa lembrar o art.70.º do CC, onde se prevê o direito geral de personalidade, caracterizado pela sua especial abertura, e ,segundo o pensamento de Orlando de Carvalho, percebe-se que abrange a violação corporal e o direito de autodeterminação ou liberdade de decisão. Sabendo que o nosso ordenamento jurídico apoia a tutela de danos não patrimoniais nestas situações, Guilherme de Oliveira defende que existe a violação do direito do paciente à autodeterminação nos cuidados de saúde, que, possivelmente, levará o médico a ressarcir o paciente pelos danos morais que causou, devido a ser responsabilizado pela prática arbitrária (arts.70.º/2 e 483.º do CC). Todavia, deve ser feita uma ponderação dos danos no cálculo da indemnização, sobretudo se no paciente se constatar uma melhoria na sua saúde, chegando a haver casos em que não se considera que haja algo a ressarcir. Porém, a existência de danos não patrimoniais pode ser constatada mesmo nestas situações de melhoria, obrigando a que haja uma ponderação de custos e benefícios do ressarcimento em cada caso concreto, tendo em conta os arts.496.º/3, 494.º e 566.º/2 do CC (este ultimo aplicando-se por analogia aos danos morais). Para além do sobredito, caso desta intervenção arbitrária resultem danos para o paciente, seja pelo não sucesso ou por lesões consequentes da mesma, a indemnização ao paciente contemplará danos morais e danos materiais, sendo assim“(...) ressarcíveis não só dos danos não patrimoniais causados pela violação do seu direito à autodeterminação e liberdade, mas também por violação da sua integridade física (e, eventualmente, vida), arts.70.º e 483.º do CC, bem como os danos patrimoniais derivados do agravamento do estado de saúde.”¹⁰³ ¹⁰⁴

¹⁰² Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalves, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, pág.121.

¹⁰³ Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalves, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, pág.128.

¹⁰⁴ Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalves, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, págs.121 a 128.

Importa mencionar que, no âmbito do Direito Penal, vide o texto do art.150º do CP, as intervenções e tratamentos médicos feitos a um paciente, desde que preenchidos os requisitos de não só serem efectuadas(os) por um médico ou uma pessoa que seja legalmente autorizada para tal e de serem motivadas por um fim terapêutico (elementos subjectivos), mas também em cumprimento das *legis artis* e das indicações médicas (elementos objectivos), não constituem uma ofensa à integridade física do paciente.¹⁰⁵

b) Os limites do consentimento do paciente

O consentimento, acto individual e dependente da vontade do próprio para se realizar, só pode versar em bens jurídicos com carácter pessoal e que sejam disponíveis. Tal como supra aduzido, no que toca a intervenções médicas, está em causa o direito à integridade física e psíquica, o direito à autodeterminação e liberdade, sendo todos eles bens jurídicos pessoais. Mesmo tendo limites, no âmbito do consentimento, estes bens jurídicos são disponíveis, permitindo que seja válido.

Ainda certo, para ser válido, o consentimento não pode conter nenhum vício, seja este material ou de forma, conferindo ilicitude à intervenção médica. No âmbito dos vícios materiais, estes abrangem, em primeiro lugar, a falta de indicação médica. Seguindo o pensamento de André Dias Pereira, estas intervenções médicas incluem não só as que cumprem os termos do art.150.º do CP “(...) mas também as que, não tendo fins terapêuticos, visam cumprir certos objectivos médicos ou de saúde, como são os casos paradigmáticos da doação de órgãos e tecidos e da esterilização pura.”¹⁰⁶. Outrossim, a falta de indicação médica para a realização da intervenção mostra uma violação das *legis artis*, sendo que “(...) o que se verifica é um erro de diagnóstico, que deu origem a um conselho errado, pelo que estamos caídos numa situação de negligência médica (...), a exigir responsabilidade por informações, nos termos do art.485.º CC.”¹⁰⁷. Por outro lado, entram igualmente aqui a violação dos bons costumes ou da ordem pública, que resultam num consentimento nulo (arts.81.º/1, 280.º/2 – remissão do art.295.º- e 340.º/2, do CC, art.38.º do CP). Sendo assim, deve-se destacar que as intervenções terapêuticas (que vão no seguimento do regime dos

¹⁰⁵ Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, pág.109.

¹⁰⁶ Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, pág.176.

¹⁰⁷ Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, pág.176.

arts.150.º,156.º e 157.º do CP sobre intervenções arbitárias), ao contrário das intervenções não terapêuticas (que respeitam os arts.143.º e seguintes do CP do regime das ofensas à integridade física), não são sujeitas ao controlo do limite dos bons costumes (e aos limites do art.149.º do CP), visto que estas se baseiam num acordo que resulta na exclusão da tipicidade, para além de que são intervenções que seguem os trâmites das *legis artis* (art.150.º do CP), fazendo com que seja esperado que cumpram as possíveis exigências de respeito aos bons costumes. André Dias Pereira defende que estas situações se reflectem de igual modo no Direito Civil como no Direito Penal, justificando com o princípio da unidade da Ordem Jurídica. Para além do aduzido, a falta de informação¹⁰⁸, correspondendo à violação do dever jurídico de informar, por norma, torna o consentimento inválido. Neste parâmetro, a letra da lei não nos esclarece totalmente se estamos perante uma invalidade ou ineficácia (enquanto os arts.340.º e 81.º do CC remetem para a primeira, já o art.157.º sustenta a segunda), importando perceber que, se a invalidade resulta de irregularidades de elementos da estrutura interna e sendo a informação um desses elementos, tal sustenta que se constate uma invalidade de consentimento. Por último, a falta de capacidade para consentir, a sanção é a invalidade, devido a esta ser um elemento integrante dos requisitos fundamentais do consentimento. No que respeita aos vícios formais, isto é, situações em que falta ao consentimento a forma legal exigida (art.220.º do CC), a sanção é a nulidade. Contudo, considera-se que este sancionamento em alguns casos pode ser excessivo, fazendo com tal só aconteça quando a lei exija uma forma ao consentimento, isto é, estamos perante uma formalidade *ab probationem*.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Vd, na obra BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F., *Principios de Ética Biomédica*, Masson, versión española de la 4ªed. inglesa, 1999, pág.150, a par de Franz Ingellinger, há vários autores que defendem que os pacientes são incapazes de compreender a informação médica que lhes é dada para estarem em condições de decidir quais cuidados de saúde e intervenções a que se querem submeter.

¹⁰⁹ Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, págs.140 a 147,175 a 187. Vd, nas páginas 178 a 180 da mesma obra citada, que a capacidade para consentir pode desdobrar-se em casos de incapacidade de gozo e casos de incapacidade de exercício. Note-se igualmente a existência de casos de consentimento prestado em documento, nas situações e nos termos que podem ser analisados na obra RODRIGUES, José Vaz, *O consentimento informado para o acto medico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra Editora, 2001, págs.423 a 446.

c) O médico entre a salvaguarda da vontade do paciente e a salvaguarda da vida

Conscencializados da complexidade da assistência sanitária, com inúmeros direitos e deveres tanto para os profissionais de saúde, especialmente para o médico, como para os pacientes, é de fácil compreensão que todo este processo é influenciado, em última análise, pela vontade do paciente.

O dever de informação por parte do médico não está dependente do consentimento por parte do paciente, isto é, a este cabe informar e esclarecer o diagnóstico, prognóstico, possíveis tratamentos e intervenções, explicando riscos e benefícios, podendo mesmo aconselhar qual a melhor escolha e caminho a seguir, mas não lhe é incumbida a responsabilidade de obtenção de consentimento para que possa assim proceder e iniciar os cuidados de saúde do doente. Posto isto, esta obrigação jurídica é autónoma da obtenção de consentimento, tanto que “se associarmos, de forma excessiva, a obrigação de informação à necessidade de obter um consentimento, a primeira corre o risco de se tornar desprovida de sentido, quando é precisamente a informação sobre o seu estado, por mais pessimista que o prognóstico possa ser, que pode ser muito importante para o paciente.”¹¹⁰. Assim, o paciente pode recusar o tratamento e/ou intervenção médica, devendo o médico informá-lo das consequências e riscos desta sua decisão, assumindo aqui um papel de médico conselheiro. Mais assim, também este dever de informação apresenta exceções, nomeadamente quando o paciente usufrui do seu direito de não saber, em casos de urgência, de privilégio terapêutico, em situações em que este já se encontra informado devido da sua experiência ou profissão e, figura próxima da jurisprudência germânica, em caso do paciente resoluto.¹¹¹

Como o sobredito, a autonomia do paciente reflete-se assim na possibilidade deste este consentir ou dissentir, respeitando o seu direito de autodeterminação. Fundado nos direitos fundamentais da liberdade de consciência e da liberdade religiosa (art.41.º da CRP), não esquecendo o direito à integridade física e moral (art.25.º da CRP), surge o direito de recusar tratamento, que é defendido não só pela Europa mas também pelos Estados Unidos da América, não sendo assim, da parte do médico, um auxílio ao suicídio quando respeita a

¹¹⁰ Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, pág.353.

¹¹¹ Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, págs.353,419 e 459.

vontade do paciente em não o tratar. Outrossim, “o dissentimento pode surgir, ao invés do consentimento, perante as propostas de informação de intervenção para diagnóstico, ou para prognóstico, ou para terapia; e, após o consentimento, como revogação dessa vontade manifestada.”¹¹², ou seja, poderá dizer-se que a diferença entre estas duas figuras encontra-se sobretudo no ponto em que “(...) as consequências do dissentimento numa intervenção possam implicar efeitos na esfera da integridade físico-psíquica do paciente, decorrentes da omissão de actuação pretendida pelo agente, a verdade é que o consentimento visa a invasão activa daquela esfera, enquanto meio para actuar no sentido de obtenção das condições físico-psíquicas prévias.”¹¹³

“Se a revogação destrói o consentimento prestado, então isso significa, pelo menos, que as duas decisões possuem idêntica intensidade e que poderão ser opostas.”¹¹⁴, e, tal como existem deveres de informação e esclarecimento no caso do consentimento informado, também nestas situações tais pressupostos são exigidos para que exista uma recusa informada, traduzindo-se assim numa tomada de decisão esclarecida, englobando os casos em que o paciente não queira ter conhecimento de todas as informações. Esta recusa informada pressupõe um cuidado redobrado que deve ser verificado para que se encontre um paciente devidamente informado e consciencializado, não persistindo nenhuma dúvida da sua parte no que toca à decisão, alargando-se o leque de informação que se pede e que se presta ao paciente.¹¹⁵

“O limite da autonomia do paciente reside na faculdade de este, livremente, dissentir sobre a intervenção médica ou sobre qualquer terapia, isto é, de expressamente repudiar informação, exames ou tratamento propostos, recusando total ou parcialmente a

¹¹² Cfr. RODRIGUES, José Vaz, *O consentimento informado para o acto medico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra Editora, 2001, págs.354 e 355. Note-se, na página 362, que o dissentimento é acolhido na nossa Ordem Jurídica desde 1968.

¹¹³ Cfr. RODRIGUES, José Vaz, *O consentimento informado para o acto medico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra Editora, 2001, págs.364 e 365.; Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, págs.501 a 503.

¹¹⁴ Cfr. RODRIGUES, José Vaz, *O consentimento informado para o acto medico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra Editora, 2001, pág.355.

¹¹⁵ Cfr. RODRIGUES, José Vaz, *O consentimento informado para o acto medico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra Editora, 2001, págs.354 a 360.

intervenção médica, ou de optar ela suspensão ou cessação da intervenção já em execução.”¹¹⁶. Assim se observa as duas modalidades que esta figura pode assumir, a do dissentimento prévio e a do dissentimento posterior (revogação). A primeira partilha o mesmo processo do consentimento, passando assim pelas mesmas etapas, mas culmina na recusa (poderá, eventualmente, existir outra fase este mesmo processo caso, pelo esclarecimento, se passe a um consentimento). Face ao dito, o dever de informação aqui previsto abrange a decisão por parte do paciente de não querer tomar conhecimento (total ou parcial) sobre os dados que o médico possui sobre a sua saúde. Esta liberdade do paciente decidir não saber resulta do seu direito de autodeterminação, sendo que, para que se preste um dissentimento informado, só é necessário que a pessoa seja colocada numa posição onde tenha oportunidade de obter as informações. No que diz respeito às situações de dissentimento posterior, este resulta da decisão do paciente de terminar ou interromper o seu tratamento. O paciente tem à sua disposição o tempo necessário para analisar a informação de forma adequada para formular uma decisão de acordo com a sua vontade, assim como o médico, de forma diligente, dispõe de tempo para fazer poder devidamente aconselhar e fazer a sua verificação dos factos. Assim, nesta modalidade de consentimento “(...) a autonomia manifesta-se na liberdade de, em qualquer momento, revogar uma decisão já tomada.”¹¹⁷, podendo traduzir-se num dissentimento meramente suspensivo ou tendencialmente definitivo (visto que também este pode ser revogado).¹¹⁸

Sendo que, tal como o consentimento, também o dissentimento resulta de uma decisão formulada com base na vontade do paciente, é necessário que a obtenção desta não padeça de vícios, ressaltando-se, novamente, a importância que os deveres de informação e esclarecimento têm neste âmbito. Mais assim, o tema do dissentimento tem relevância em matérias importantes como o tratamento compulsivo de pacientes (no que diz respeito à

¹¹⁶ Cfr. RODRIGUES, José Vaz, *O consentimento informado para o acto medico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra Editora, 2001, pág.361.

¹¹⁷ Cfr. RODRIGUES, José Vaz, *O consentimento informado para o acto medico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra Editora, 2001, pág.363.

¹¹⁸ Cfr. RODRIGUES, José Vaz, *O consentimento informado para o acto medico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra Editora, 2001, págs.361 a 365. Vd, nestas mesmas páginas, que o dissentimento, quando possível, deve ser redigido na processo do paciente de forma a salvar o médico, sendo que, ainda assim, “(...) para a invasão da esfera físico-psíquica não ocorra, ou deixe de ocorrer, nada subsiste a justificar a formalização da vontade correspondente.”.

irrelevância da vontade) e para, com especial interesse, os testamentos em vida, com particular atenção para a relevância da vontade do paciente nestes casos.¹¹⁹

Apesar de os médicos terem como seu objectivo salvar vidas, “Juramento de Hipócrates”, a autonomia de que o paciente goza permite que este tenha o poder de decidir se quer ou não submeter-se às intervenções e/ou tratamentos médicos, inclusive pode fazê-lo antecipadamente no caso de, na impossibilidade do momento, não conseguir exprimir a sua vontade. Estas são as chamadas directivas antecipadas ou testamento vital. Os testamentos em vida “(...) constituem um expoente da protecção da liberdade e da autonomia dos seus autores. Neste conceito englobamos todas as declarações pelas quais se pretende prevenir consequências indesejadas da actuação médica privilegiada em casos de perda de consciência ou de vontade – por exemplo, para a manutenção artificial da vida -, ao configurar quadros possíveis do desenvolvimento da doença e exprimir, antecipadamente, as respectivas instruções.”¹²⁰. Será este ponto o enfoque dos próximos capítulos, sendo que estamos no campo da autodeterminação do paciente e de uma decisão com base na sua vontade, com especificidades próprias do tipo de decisão que é, tendo em conta o sobejamente aduzido sobre dissentimento e consentimento.

¹¹⁹ Cfr. RODRIGUES, José Vaz, *O consentimento informado para o acto medico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra Editora, 2001, págs.364 a 366.

¹²⁰ Cfr. RODRIGUES, José Vaz, *O consentimento informado para o acto medico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra Editora, 2001, pág.366. ; BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F., *Principios de Ética Biomédica*. Masson, versión española de la 4ªed. inglesa, 1999, págs.123 e ss.

IV) O Testamento Vital e a Lei n.º 25/2012 de 16 de Julho

1) Directivas Antecipadas da Vontade – Testamento Vital

a) Conceito e Conteúdo

De forma a garantir a dignidade humana, mesmo nas vidas em declínio, o testamento do paciente aparece como forma de assegurar a sua vontade, respeitando a sua autonomia. A evolução da medicina permitiu o aumento da esperança médica de vida assim como técnicas de prolongamento da vida dos pacientes que se encontram na fase terminal de uma doença, sendo que surgem neste contexto este tipo de testamento definidos como “(...) um documento escrito por uma pessoa maior e capaz, geralmente na presença de testemunhas e que contém directivas a respeito dos tratamentos nos últimos momentos de vida e tendo em vista eventuais situações de incapacidade de tomar decisões por e sobre si próprio.”¹²¹ ¹²²

A partir da análise do diploma em questão, observa-se a definição de directivas antecipadas da vontade (testamento vital) no seu art.2.º/1, onde consta que estes “(...) são 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 receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente.”¹²³

No que toca ao objecto, este documento abrange as situações que constam nas diversas alíneas do art.2.º/2 da Lei n.º 25/2012, onde se encontram incluídas, por um lado, hipóteses de não submissão a tratamentos e, por outro, casos de pedido de cuidados paliativos e casos de autorização para fazer parte de ensaios clínicos. Porém, ressalva-se que este é um elenco não taxativo de disposições que o sujeito pode fazer no seu testamento vital.

¹²¹ Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, pág.240.

¹²² Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, págs.240 e 241.

¹²³ Vd. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 6985/18.3T8CVR.C1, de 19 de Setembro de 2019, sobre o pedido de reconhecimento de existência de um testamento vital a um sujeito que irá ser representado legalmente segundo o regime jurídico de maior acompanhado, apoiando assim o facto de se ter em conta a vontade do outorgante paciente em momento anterior a este se tornar incapaz.

b) Requisitos de Capacidade

O sujeito que elabora uma directiva antecipada da vontade deve encontrar-se plenamente capaz, tanto negocialmente como para consentir. Esta afirmação é fundamentada nos requisitos previstos na Lei n.º 25/2012, no seu art.4.º, onde se observa a necessidade deste ser maior de idade, prestar consentimento livre, voluntário e esclarecido (relembrando o explanado sobre este ponto no capítulo anterior) e, ainda, o sujeito não ter sido considerado inabilitado ou interdito por motivos de anomalia psíquica.¹²⁴

c) Forma

As directivas antecipadas de vontade exigem determinadas formalidades especiais, nomeadamente a sua redução a escrito, com assinatura presencial perante um funcionário do Registo Nacional do Testamento Vital ou Notário, como nos indica o art.3.º/1 da Lei n.º 25/2012, sendo necessário que na directiva conste a identificação completa do sujeito, as disposições que contemplam as hipóteses em que esta directiva vai produzir efeito, o lugar, hora e data da assinatura, as opções e instruções relativas a cuidados de saúde que o outorgante deseja ou não receber, e as declarações de revogação, alteração ou renovação, nos casos em que estas efectivamente existam.¹²⁵

Para além do sobredito, o art.3.º/2 retrata as situações em que, havendo colaboração do médico na elaboração do testamento vital, a assinatura do mesmo é igualmente necessária no documento escrito.

d) Limites

Nos termos do art.5.º da Lei n.º 25/2012, as directivas antecipadas de vontade encontram determinados limites que, quando ultrapassados, resultam na qualificação destas como juridicamente inexistentes, tendo como consequência a sua ineficácia.

¹²⁴ Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, pág.246.

¹²⁵ Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, pág.247. Vd. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º1470/16.0T8PVZ-A.P1, de 14 de Março de 2017, onde se está perante um caso de um paciente que, apesar de ter manifestado a sua vontade de recusa de intervenções médicas, apenas o fez verbalmente à sua família, não outorgando nenhum documento escrito de testamento vital nem nomeado nenhum procurador de cuidados de saúde.

Posto isto, na elaboração de um testamento vital, é necessário que as suas disposições não sejam contrárias à lei, ordem jurídica ou determinem uma actuação que vá contra as boas práticas. Para além disto, é de elevada importância que no testamento vital não constem disposições cujo cumprimento resulte na morte evitável e não natural do sujeito (arts.134.º e 135.º do Código Penal, isto é, são punidos e proibidos casos de eutanásia ou suicídio medicamente assistido). Mais assim, visto ser um documento que tem como fundamento principal a vontade do outorgante, sendo realizado de acordo com esta, é essencial que o sujeito a exprima de forma clara e inequívoca, para que não haja qualquer dúvida na altura do cumprimento das disposições do testamento vital.

e) Eficácia, Modificação e Revogação

O conteúdo das disposições contidas no testamento vital (que conste no RENTEV ou que foi entregue pelo outorgante ou pelo seu procurador de cuidados de saúde à equipa médica responsável no caso) deve ser cumprido, respeitando as situações em que o sujeito não deseja ou deseja receber cuidados de saúde, ressalvando os casos de excepção previstos na Lei n.º 25/2012, como previsto no art.6.º/1 do mesmo diploma. Estamos perante um caso de eficácia vinculativa.

Tendo em conta o sobejamente aduzido, observando os restantes números que compõem o art.6.º, percebe-se que não se verifica o cumprimento das disposições da directiva antecipada de vontade nas hipóteses da vontade do outorgante se ter modificado, por já não as desejar manter ou pela desactualização das mesmas face ao avanço científico das técnicas e práticas médicas, de a situação em que o sujeito se encontra não estar contemplada nas disposições do testamento vital que este elaborou, ou dos casos em que, devido à urgência ou perigo imediato para a vida do outorgante, a equipa médica não consegue aceder e ter conhecimento das directivas em tempo útil sem causar prejuízo à sua vida/saúde.

O testamento vital é eficaz num prazo de 5 anos, art.7.º da Lei n.º 25/2012, sendo renovável mediante declaração de confirmação, mantendo-se em vigor mesmo verificando-se a atribuição de incapacidade do sujeito (no decurso do prazo de 5 anos a contar desde a assinatura do documento das directivas antecipadas de vontade).

No que toca à revogação e modificação destas directivas, art.8.º, se, por um lado, a primeira pode ser feita a qualquer tempo, sem a necessidade de assumir uma forma específica, já no que toca à modificação, esta terá de assumir a forma escrita, tal como prevista no art.3º do mesmo diploma (todavia, ressalva-se a excepção prevista no art.8.º/4, onde a forma escrita não é requisito).¹²⁶

Por conseguinte, é visível a importância dada ao respeito pela autonomia e vontade do outorgante, não só no cumprimento das directivas antecipadas de vontade, como na sua revogação e modificação, quer seja só numa parte ou no seu todo.

f) Procuração de cuidados de saúde

A nomeação de um procurador de cuidados de saúde é uma realidade possível, nos termos do art.11.º da Lei anteriormente mencionada, resultando em que, quando ao outorgante não seja possível exprimir a sua vontade, o procurador nomeado tome a decisão sobre os cuidados médicos que este deve ou não receber, visto que lhe são conferidos poderes representativos (acrescentado que, no número 5 do artigo sobredito, existe a possibilidade da nomeação de um segundo procurador, para a hipótese de impedimento do primeiro).

Todavia, de acordo com o art.11.º/2/3, há limitações na escolha do procurador de cuidados de saúde, nomeadamente pessoas que não preencham os requisitos de capacidade do art.4.º, abordado anteriormente, ressalvando que, mesmo cumprindo tais critérios, serão impedidos na mesma as pessoas que ocupam cargos como funcionários no RENTEV ou no Cartório Notarial onde o documento escrito é formalizado e proprietários e os gestores de entidades que administram ou prestam cuidados de saúde (excepcionando se estes forem familiares do outorgante,art.11.º/4).

Os poderes representativos do procurador de cuidados de saúde são atribuídos através de documento escrito, art.12.º, isto é, a chamada procuração de cuidados de saúde. Esta é revogável a todo o tempo pelo outorgante, sendo que esta é igualmente extinta caso haja renúncia por parte do procurador (art.14.º). Em todo o caso, a vontade que consta no testamento vital do outorgante é a soberana, sendo que o procurador tomará decisões em

¹²⁶ Cfr. DIAS PEREIRA, André Gonçalves, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004, pág.247.

tudo aquilo que não estiver estipulado nas directivas antecipadas de vontade e dentro do limite dos seus poderes, não podendo ir contra as disposições formuladas (art.13.º).

2) Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV)

a) Organização e funcionamento – Portaria n.º 96/2014

A Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho, cria o Registo Nacional do Testamento Vital, surgindo assim a Portaria n.º 96/2014, onde se encontra regulado a sua organização e funcionamento. O RENTEV, de acordo com o art.1.º/2 da Portaria mencionada, “(...) mantém atualizada a informação relativa às diretivas antecipadas de vontade e procurações de cuidados de saúde nele registadas, assegurando a sua disponibilização, nos termos constantes da presente Portaria, a todo o tempo.”, como igualmente ressalva o art.15.º/1 da Lei n.º25/2012, onde se observa que este tem “(...) 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.”. Contudo, o registo no RENTEV não é uma condição de eficácia para as diretivas antecipadas de vontade, nos termos do art.1.º/4.

O registo das diretivas antecipadas de vontade é feito de forma presencial, art.2.º/1, podendo ser igualmente solicitado por correio registado com aviso de recepção, sendo os dados constantes do documento sujeitos a uma validação (art.3.º) para verificação da conformidade com os requisitos antes de concluir este processo (art.4.º). Posto isto e de forma abreviada, o documento escrito fica disponível para consulta, podendo ser solicitada tanto pelo médico como pelo próprio outorgante ou seu representante (art.5.º). Este registo é válido por 5 anos e pode ser alterado (arts.7.º e 8.º), sendo que o RENTEV tem um funcionamento específico, com um sistema de informação próprio, havendo um especial tratamento dos dados pessoais constantes nos documentos (arts.8.º e 10.º), reiterado pelo art.18.º da Lei n.º25/2012, que consagra o dever de confidencialidade de quem consulta as diretivas.

3) Direito Comparado

a) Países da Europa

O testamento vital é uma realidade reconhecida nos mais diversos países, originários dos Estados Unidos da América e sendo posteriormente adoptados por diversos países europeus.

Importa mencionar o art.9.º da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção dos Direitos Humanos e da Dignidade Humana, o ponto de partida para debate em diversos países da Europa sobre as directivas antecipadas, ratificada por Portugal e que tem um papel essencial pelo reconhecimento e respeito pela vontade expressada do paciente num momento prévio ao da intervenção médica, quando este se encontra impossibilitado de se manifestar/decidir.

Analisando um país próximo do nosso horizonte, no panorama espanhol, a reflexão sobre o testamento vital foi impulsionada, à semelhança de outros países, pela ratificação da Convenção anteriormente aduzida. Fala-se de “*instrucciones previas*”, sendo a *Ley de Cataluña*, em 2000, a primeira a legislar sobre este tema. Porém, só com a Ley n.º41/2002, de 14 de Novembro, no seu n.º 11/1, é que estabelece concretamente que as “*instrucciones previas*” são um documento elaborado por uma pessoa capaz, maior de idade e livre, onde manifesta a sua vontade sobre as decisões a tomar sobre intervenções e cuidados de saúde em momentos em que se encontra incapaz para tal, podendo igualmente designar um representante.¹²⁷

b) Brasil

No Panorama Brasileiro, é inexistente legislação específica sobre o testamento vital. Todavia, tal não constitui um impedimento para que este seja uma realidade válida na Ordem Jurídica do país, sendo visto como uma forma de autonomia e de respeito pelo sujeito. Na comunidade médica e bioética, os direitos dos pacientes terminais têm sido alvo de reflexão, nomeadamente no campo dos cuidados paliativos. Assim sendo, as directivas antecipadas de vontade surgem como uma garantia para o paciente, surgindo como

¹²⁷ Cfr. BAYO, Magdalena Palomares; CANO, Ignacio Valenzuela; SÁNCHEZ, Eloísa Navarrete; SÁNCHEZ, Inéz Navarrete; SERRANA, Javier López y García de la, *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica: estudio de su evolución jurisprudencial*, Comares, 2002, págs.23 e ss.

evoluções importantes nesta matéria a Resolução n.º1.806/05 do Conselho Federal de Medicina, onde se “(...) permite expressamente ao médico respeitar a vontade da pessoa ou do seu representante legal que não deseja ser submetido a procedimentos que apenas prolongam a sua vida.”¹²⁸ e o Código de Ética Médica. Posto isto, no campo jurídico, o testamento vital é ainda um instituto pouco explorado. Apesar da lacuna na lei, são considerados os princípios jurídicos constitucionais da Ordem Brasileira, que validam a aplicação destas declarações de vontade, nomeadamente o da dignidade humana (com extensão no art.5.º, III, da Constituição República Brasileira).¹²⁹

¹²⁸ Cfr. PENALVA, Luciana Dadalto; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, «Terminalidade e Autonomia: Uma abordagem do Testamento Vital no Direito Brasileiro», *Vida, Morte e Dignidade Humana*, Rio de Janeiro, GZ Editora, 2010, pág.68.

¹²⁹ Cfr. PENALVA, Luciana Dadalto; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, «Terminalidade e Autonomia: Uma abordagem do Testamento Vital no Direito Brasileiro», *Vida, Morte e Dignidade Humana*, Rio de Janeiro, GZ Editora, 2010, págs.66 a 79.

V) Compatibilização entre as ideias defendidas nos primeiros capítulos e as regras acerca do testamento vital

1) Os limites do testamento vital

Recordando os termos do art.5.º da Lei n.º25/2012, os profissionais de saúde não devem respeitar as directivas antecipadas quando se está perante uma situação que preenche as suas alíneas, visto que estas passam a ser juridicamente inexistentes. Posto isto, seguindo a alínea a deste artigo, o sujeito deve respeitar as leis e princípios da Ordem Jurídica. Por outro lado, a alínea b do artigo reitera a importância de se entender que o sujeito não pode dispor livre e directamente da sua vida, mesmo que tenha ajuda de um profissional de saúde, sendo estes actos puníveis pelo nosso ordenamento jurídico e constituindo assim como limites na elaboração do testamento vital a eutanásia e o suicídio assistido, ou seja, salvaguarda-se a dignidade humana com a proibição da morte medicamente assistida em qualquer uma das suas variantes. Já atendendo à alínea c, conscientes que o testamento vital pode apresentar dificuldades de interpretação de forma inequívoca a vontade do sujeito, existe espaço para intervenção médica, tendo sempre atenção à vontade e autonomia do outorgante. Porém, entende-se este limite devido à dificuldade face às características do caso em concreto a que vão ser aplicadas as suas directivas, que são muitas vezes vagas e sem respostas conclusivas para o problema em questão.¹³⁰

O testamento vital tem como inconveniente, defendido pela doutrina clássica, o desfasamento da vontade entre a altura da elaboração das declarações e a altura em que efectivamente o sujeito se encontra a lutar contra a morte, sobretudo quando não se tem em conta o progresso médico entre os dois períodos. Chega-se a defender que não se está perante um verdadeiro consentimento informado devido ao facto de o sujeito não estar consciencializado das alternativas que tem no caso concreto, devido à elaboração das directivas em período prévio. Posto isto, fala-se ainda que, visto respeitar-se a vontade e autonomia do paciente e proibindo-se a intervenção de outrém, os familiares não tomam

¹³⁰ Cfr. NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de, *Testamento Vital*, Almedina, 2011, págs.126 e ss. ; Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, «Eutanásia e Testamentos Vitais: Live and let die?», in *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha: Estudos em Homenagem*, Almedina, 2012, pág.723.

decisões médicas por este, o que por vezes seria benéfico devido há possibilidade de avaliarem a situação com mais rigor.¹³¹

Para além disto, haverá dificuldades com as directivas antecipadas pois na sua aplicação “(...) procuram afastar a «medicalização» da morte, mas trouxeram a sua «jurisdicionalização», o que pode afectar gravemente a relação médico-paciente.”¹³².

¹³¹ Cfr. DIAS PEREIRA, André, «Directivas Antecipadas de Vontade em Portugal», *Revista Julgar*, Edição Especial, Julho 2014, págs.290 e 291. ; Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, «Eutanásia e Testamentos Vitais: Live and let die?», in *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha: Estudos em Homenagem*, Almedina, 2012, pág.723. Vd, na mesma obra e página citadas, o caso particular dos doentes de Alzheimer.

¹³² Cfr. DIAS PEREIRA, André Dias, «Directivas Antecipadas de Vontade em Portugal», *Revista Julgar*, Edição Especial, Julho (2014), pág.291.

2) A salvaguarda do direito à vida

As alíneas do art.6.º/2 da Lei n.º25/2012 asseguram o direito à vida do outorgante, na medida em que, assim que se comprove que se está perante alguma das situações previstas, as directivas de vontade não devem ser respeitadas.

Mais certo, as directivas antecipadas de vida, levando à recusa antecipada, tem como um dos seus requisitos o consentimento livre, voluntário e esclarecido. Tendo em conta o abordado previamente sobre os critérios e trâmites que devem ser cumpridos para a prestação do mesmo, é de lembrar o papel essencial do aconselhamento médico para a tomada de decisões, para que se alcance a completa consciencialização do paciente nesta escolha. O papel do médico (apesar da inexistência de directrizes obrigatórias para a sua intervenção) e a posterior verificação de se tratar de um consentimento informado, voluntário e esclarecido, seguindo o procedimento indicado com rigor, por um sujeito com capacidade para tal, acaba por ser uma maneira de salvaguardar o seu direito à vida. Isto é, com estas acções, juntamente com a sua verificação no momento da assinatura perante o Notário ou funcionário do RENTEV, criam condições para se verificar que estas directivas são tomadas com plena noção e capacidade, verificando-se o respeito pelo direito à vida e garantindo que não se está perante uma situação punível pela nossa Ordem Jurídica, tais como o suicídio assistido e a eutanásia.¹³³

O testamento vital não é assim um meio para autorizar os profissionais de saúde a colocarem um fim à vida do outorgante. Este instituto não constitui uma renúncia ao direito à vida, direito fundamental, que está intrinsecamente ligado à dignidade humana, defendendo-se uma morte à luz desta.¹³⁴

¹³³ Cfr. DIAS PEREIRA, André, «Directivas Antecipadas de Vontade em Portugal», *Revista Julgar*, Edição Especial, Julho, (2014), págs.302 a 304.

¹³⁴ Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, «Eutanásia e Testamentos Vitais: Live and let die?», in *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha: Estudos em Homenagem*, Almedina, 2012, pág.724.

3) Morrer e dar a morte

A distinção entre matar e deixar morrer reside no facto da primeira consistir em causar de forma directa a morte de alguém, e da segunda, por sua vez, englobar todas as acções que façam interromper ou evitar as intervenções médicas, levando assim a uma morte natural.¹³⁵

A eutanásia é tida, pelo Código Deontológico da Ordem dos Médicos, como uma falta grave, tendo em conta o dever do médico de respeito pela vida humana. Mais assim, esta é punível segundo o art.134.º do Código Penal, sendo a sua prática ilícita no ordenamento jurídico português. Todavia, é essencial distinguir as diferentes variáveis da eutanásia reconhecidas pela doutrina. Por um lado, a eutanásia activa directa, onde um profissional de saúde utiliza meios para causar a morte directa e intencionalmente. Já no que concerne à eutanásia activa indirecta, há utilização por parte de profissional de saúde de meios para minorar o sofrimento do paciente, tendo como consequência o encurtamento do período de vida do paciente, contudo sem a intenção directa de o matar. Por fim, a eutanásia passiva, onde o profissional de saúde, perante um paciente em sofrimento e no fim de vida, não administra tratamento para que este mantenha, mesmo que artificialmente, a sua vida. Neste último caso, não se visa igualmente a morte do paciente.¹³⁶

Posto isto, é natural que haja o confronto destas duas realidades: eutanásia passiva e directivas antecipadas de vontade. O testamento vital é um documento escrito onde se encontram disposições sobre a vontade de o outorgante não receber ou suspender tratamentos e intervenções médicas, sujeito a condições e procedimentos e redigido anteriormente a este se encontrar incapaz de tomar uma decisão, com objectividade e limites. Isto é, apesar de ambos os institutos versarem sobre a interrupção ou abstenção de tratamentos médicos, o testamento vital é uma recusa antecipada (praticamente um dissentimento informado prévio) e o seu cumprimento deve-se ao respeito pelo direito de autodeterminação do paciente. Não existe aqui uma conduta por parte do profissional de

¹³⁵ Cfr. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F., *Principios de Ética Biomédica*, versión española de la 4ªed. inglesa, Masson, 1999, pág. 209. Vd, nesta obra, que tanto para a medicina como para o direito, é reconhecido que, em casos concretos e que não se enquadram na abordagem do tópico em questão, deixar morrer é matar, sendo que estes dois conceitos não se excluem mutuamente, podendo-se nomeadamente matar por omissão.

¹³⁶ Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, «Eutanásia e Testamentos Vitais: Live and let die?», in *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha: Estudos em Homenagem*, Almedina, 2012, págs.714 a 720.

saúde que vise a antecipação da sua morte. O Código Deontológico da Ordem dos Médicos esclarece que não iniciar determinada terapêutica por livre vontade do paciente, respeitando a sua autonomia, não é considerado eutanásia. Para além disto, a Lei n.º25/2012, nos seus artigos, estabelece como limite (sendo o documento considerado, caso o ultrapasse, como juridicamente inexistente) a provocação deliberada de morte não natural, ou seja, a eutanásia e suicídio assistido, puníveis legalmente pelos artigos 134.º e 135.º do Código Penal. A finalidade é assim o respeito da vontade do outorgante, impondo aos profissionais de saúde um verdadeiro dever jurídico.¹³⁷

Como sobejamente aduzido, o direito à vida é um direito fundamental, constitucionalmente consagrado (art.24.º da CRP) e inviolável, a eutanásia, por não se encontrar em nenhuma das exceções para a sua limitação (ao contrário da legítima defesa), é considerada ilícita.¹³⁸

Não sobram dúvidas então que esta abstenção (ou suspensão) de tratamentos é um conceito diferente de eutanásia, sendo assim tratados de forma diferenciada pela Ordem Jurídica portuguesa, sendo que a eutanásia não tem base legal para que se possa concretizar.

¹³⁷ Cfr. RIBEIRO, Geraldo Maciel Rocha, «Direito à Autodeterminação e Directivas Antecipadas: o caso português», in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra Editora, Ano 10 (2010), n.19, pág.119.

¹³⁸ Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, «Eutanásia e Testamentos Vitais: Live and let die?», in *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha: Estudos em Homenagem*, Almedina, 2012, pág.720.

VI) Conclusão

O direito à vida, fundamental e inviolável, abrange todas as vidas humanas, mesmo quando estas estão no seu fim. Ligado ao princípio da dignidade humana, não só se defende uma vida digna como uma morte digna. A humanização da morte, realidade inevitável na vida de cada ser, é cada vez mais desejada pelos indivíduos na sociedade contemporânea. Mais assim, é certo que este direito, como visto no nosso estudo, só admite a sua limitação em situações excepcionais, voluntárias e não contrárias à Ordem Jurídica, como é o caso do consentimento médico.

Com o aumento da esperança média de vida, a evolução médica, maior educação e consciencialização da população, a relação médico-paciente passa a ir para além da necessidade do “singelo” consentimento informado para intervenções médicas. Tendo em consideração as matérias abordadas, percebe-se que a legalização das directivas antecipadas de vontade, em forma de testamento vital, com a Lei n.º25/2012, de 16 de Julho, foi um grande passo para a sociedade, acompanhando a sua evolução, sobretudo, mas não apenas, em relação ao direito à autodeterminação do paciente no que concerne aos tratamentos e intervenções médicas. Com a entrada em vigor desta Lei, a relação médico-paciente transmutou-se de forma indelével, passando os profissionais de saúde a ter como dever o respeito pela autonomia e vontade do paciente, tendo de actuar em conformidade com as disposições do testamento legal ou das decisões do procurador de cuidados de saúde. O art.156.º do Código Penal reforça o cumprimento da vontade do paciente, punindo com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa o médico que, mesmo assim, decidir actuar sem o consentimento do paciente. Uma importante faceta deste instituto é a possibilidade de modificação e revogação deste documento, a qualquer momento, num todo ou só numa parte específica, adaptando-se assim à passagem do tempo e aos progressos e descobertas da medicina, que cada vez surgem com mais frequência.¹³⁹

A decisão de elaborar directivas antecipadas de vontade começa a ser uma prática desejada, visto que não deixa a tarefa de decisão na mão de familiares e médicos (isto é, o testamento vital trata-se de um consentimento prospectivo), salvaguarda os seus direitos, nomeadamente a defesa do direito pelas suas crenças e ideologias, e assegura a dignidade na

¹³⁹ Cfr. NUNES, Rui ; MELO, Helena Pereira de, *Testamento Vital*, Almedina, 2011, pág.124.

reta final da sua vida, tornando-se assim um instituto assaz necessário devido aos seus benefícios.¹⁴⁰

Vivemos numa sociedade atenta, que reflecte e compreende a finitude da vida. O testamento vital aparece como resposta prática aos casos de pacientes terminais, em quem os profissionais de saúde utilizam meios de prolongamento artificial e doloroso da vida. Com este instituto, em qualquer uma das suas vertentes, o outorgante tem assim a opção de se salvaguardar e recusar antecipadamente a não se submeter a este tipo de intervenções. O testamento vital e o consentimento esclarecido, livre e voluntário, que é essencial neste mecanismo legal, não podem configurar uma forma alternativa ou escondida de eutanásia. A abstenção ou interrupção de tratamentos tem de se reger pelos limites estudados anteriormente, impostos pela lei e pelas boas práticas, onde se encontra expressamente a proibição da prática da eutanásia. No testamento vital, não há uma intenção directa de provocação de morte, mas sim uma recusa antecipada de tratamentos e intervenções médicas na eventualidade de este se encontrar incapaz de tomar decisões. Este estudo mostra que os conceitos não se confundem, pois, para além da eutanásia não encontrar suporte legal em Portugal para a sua prática, as motivações que fundamentam a realização dos dois institutos diferem. Assim sendo, o testamento vital não é uma renúncia ao direito à vida, mas sim o respeito pela autonomia e disposições de vontade de um sujeito de forma a este assegurar uma morte sem sofrimento, com dignidade e humanizada, respeitando o valor vida em toda a sua plenitude.

¹⁴⁰ Cfr. PEREIRA, André Dias, «Directivas Antecipadas de Vontade em Portugal», *Revista Jugar*, Edição Especial, Julho, (2014), págs.287 a 291.; Cfr. RIBEIRO, Geraldo Maciel Rocha, «Direito à Autodeterminação e Directivas Antecipadas: o caso português», in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra Editora, Ano 10 (2010), n.19, pág.108.

Bibliografia

BARBOSA, Mafalda Miranda, «Autonomia e dignidade a propósito do fim da vida», *O Direito*, Ano 148º (2016), tomo II, Almedina.

BARBOSA, Mafalda Miranda, « Ilicitude penal e ilicitude civil: uma reflexão a propósito do homicídio a pedido da vítima», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel da Costa Andrade*, IJ-FDUC, Vol.III, 2017.

BARBOSA, Mafalda Miranda, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Princípia, 1ªed., 2017.

BARBOSA, Mafalda Miranda, «Vida como um dano: breve reflexão». *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 1 (2019), ISSN 2184-4542.

BAYO, Magdalena Palomares; CANO, Ignacio Valenzuela; SÁNCHEZ, Eloísa Navarrete; SÁNCHEZ, Inéz Navarrete; SERRANA, Javier López y García de la, *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica: estudio de su evolución jurisprudencial*, Comares, 2002.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F., *Principios de Ética Biomédica*, Masson, versión española de la 4ªed. inglesa, 1999.

British Medical Association Medical Ethics Committee, *Withholding and Withdrawing Life-Prolonging Medical Treatment: Guidance for Decision Making*, British Medical Association, Third Edition, ISBN 9780470757994, 2007.

BORASCHI, Andrea; MANCONI, Luigi, *Il Dolore e La Politica. Accanimento terapeutico, testamento biologico, libertà di cura*, Bruno Mondadori, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 7ª ed., 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2ª ed., 2008.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra Editora, Vol.I, 2003.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Reimpressão, 2011.

CASTILHO, Olímpio; HENRIQUES, José; VIEIRA, Iva Carla, *Manual de Direito e Cidadania*, Almedina, 5ªed., 2019.

CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 3ªed., 2012.

DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudos de direito civil*, Coimbra Editora, 2004.

DIAS PEREIRA, André, «Directivas Antecipadas de Vontade em Portugal», *Revista Julgar*, Edição Especial, Julho, (2014).

DIAS PEREIRA, André G.; FERREIRA PEREIRA, Ana Elisabete, «Responsabilidade Profissional, Consentimento Médico e Diretivas Antecipadas de Vontade – algumas questões», in: VIEIRA Fernando, CABRAL Ana, SARAIVA Carlos, *Manual de Psiquiatria Forense*, Pactor, 2016.

GARCIA, Maria, «A inviolabilidade constitucional do direito à vida.», *Revista do Direito Constitucional e Internacional*, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Ano 16 (Out.-Dez.2008), n.65, ISSN 1518-272X.

GODINHO, Adriano Marteleto, *EUTANÁSIA, ORTONÁSIA E DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: O Sentido de Viver e Morrer com Dignidade*, Juruá Editora, 2016.

GODINHO, Inês Fernandes, «Autodeterminação e morte assistida na relação medico-paciente», in: Coord. FARIA COSTA, José; KINDHÄUSER, Urs, *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana*, Coimbra Editora, 1ªed., 2013.

GONÇALVES, Diogo Costa, *Pessoa e Direitos da Personalidade: Fundamentação Ontológica da Tutela*, Almedina, 2008.

GONZÁLEZ, José Alberto, *Testamento Vital e Procuração de Cuidados de Saúde*, Quid Juris, 2013.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, «Eutanásia e Testamentos Vitais: Live and let die?», in *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha: Estudos em Homenagem*, Almedina, 2012.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4º ed., 2005.

MOTA PINTO, Paulo, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, Almedina, 1ªed., 2018.

NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de, *Testamento Vital*, Almedina, 2011.

PENALVA, Luciana Dadalto; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, «Terminalidade e Autonomia: Uma abordagem do Testamento Vital no Direito Brasileiro», *Vida, Morte e Dignidade Humana*, Rio de Janeiro, GZ Editora, 2010.

RIBEIRO, Geraldo Maciel Rocha, «Direito à Autodeterminação e Directivas Antecipadas: o caso português», in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra Editora, Ano 10 (2010), n.19.

RODRIGUES, José Vaz, *O consentimento informado para o acto medico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra Editora, 2001.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, Reimpressão da edição de 2006, 2017.

Legislação e Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 6985/18.3T8CVR.C1, de 19 de Setembro de 2019 (disponível em <http://www.dgsi.pt>)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º1470/16.0T8PVZ-A.P1, de 14 de Março de 2017 (disponível em <http://www.dgsi.pt>)

Código Civil

Constituição da República Brasileira

Constituição da República Portuguesa

Código Deontológico da Ordem dos Médicos

Código de Ética Médica (Brasileiro)

Código de Processo Civil

Convenção do Conselho da Europa para a Protecção dos Direitos Humanos e da Dignidade Humana

Código Penal

Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto

Ley de Cataluña, em 2000

Lei n.º41/2002, de 14 de Novembro (disponível em <http://www.boes.es>)

Lei n.º25/2012, 16 de Julho

Portaria n.º96/2014

Resolução n.º1.806/05 do Conselho Federal de Medicina